Der Kaufmann des § 5 HGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Wilhelm Reichel
bacc. iur. in Augsburg.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Augsburg 1909.
K. B. Hofbuchdruckerei von Gebrüder Reichel.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0167

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung 9

a) Der Kaufmannsbegriff nach dem neuen HGB. 10
b) Wirkungen der Eintragungen im Handelsregister 14
c) Geschichte und Bedeutung des § 5 16

II. Der Kaufmann kraft formalen Rechts . . . 20

a) Begriff und rechtliche Bedeutung 20
b) Dauer der Eintragswirkung und Beziehung zu § 15 . . . 26
c) Rechtliche Stellung des Firmeninhabers 31

III. Der Scheinkaufmann 40

a) Begriff 40
b) Rechtliche Bedeutung 43
c) Kritik 47
1. Das Sichgerieren 47
2. Die Rechtswirkungen 51
d) Die Staubsche Theorie in der gerichtlichen Judikatur . . . 55
e) Schlußergebnis 58

Literaturverzeichnis.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin und Leipzig 1886.

Bornefeld, Der Scheinkaufmann § 5 HGB. Dissertation Borna-Leipzig 1907.

Bovensiepen, Der Minderkaufmann und sein Recht. Halle 1905.

Buchka, Oetker, Lehmann, Zivilprozeßordnung, Konkursordnung, Handelsgesetzbuch. Berlin 1899.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1903. Verlag von Ferdinand Encke.

Das Recht. 4. Jahrgang 1900 Nr. 5.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes.

Deutsche Juristenzeitung. 1897 Nr. 1; 1902 Nr. 8.

Düringer und Hachenburg Bd. 1. Mannheim 1899. Verlag Bensheimer.

Finger, Die Neuerungen des neuen Handelsgesetzbuches bezüglich konstitutiver Firmeneinträge. Freiburger Dissertation. Berlin 1900.

Frankenburger, Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. München 1902.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Berlin 1901.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. Auflage. Erlangen 1875.

Jacobick, Der Scheinkaufmann § 5 HGB. Leipziger Dissertation. Borna-Leipzig 1905.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 47. Jena 1904.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar zu den Nebengesetzen. Berlin 1902. Karl Heymanns Verlag.

Lührs, Die Folgen der falschen Eintragung in das Handelsregister. Leipziger Dissertation. Leipzig 1898.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Auflage. Berlin 1906/07.

Nord, Der eingetragene Nichtkaufmann nach dem neuen Handelsgesetzbuch. Dissertation. Rostock 1902.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 6, 1902, 1. Halbjahr.
Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.
Rudorff, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Stuttgart 1898.
Schultze-Görlitz, Die Führung des Handels- und Musterregisters. Berlin 1893.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6. und 7. Auflage. Berlin 1900.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 8. Auflage. Berlin 1906.
Yelin, Der Begriff des Kaufmanns. Dissertation. Tübingen 1902.

I. Einleitung.

Als die einheitliche Regelung und umfassende Neugestaltung des Privatrechts, wie sie durch das Bürgerliche Gesetzbuch eintrat, eine Revision auch der anderen Gesetze notwendig machte, war diese bei keinem der anderen in Betracht kommenden Gesetze eine so einschneidende wie beim HGB. Neben der Aufgabe, die Vorschriften des HGB. mit denen des BGB. in Einklang zu bringen, hatte diese Revision noch die weiteren Aenderungen und Ergänzungen des HGB. vorzunehmen, die sich in dem Zeitraum der Geltung des alten HGB. als notwendig oder wünschenswert gezeigt hatten. Bei Erledigung dieser Aufgabe standen dem Gesetzgeber Anregungen aus den beteiligten Berufsständen, die Rechtsprechung der Gerichte, die umfangreiche Literatur, sowie die neuere ausländische Gesetzgebung beratend und fördernd zur Seite.

Während das alte HGB. mangels eines einheitlichen bürgerlichen Rechts vielfach die Grenzen seines ureigensten Gebietes überschritten hatte und Materien geregelt hatte, die dem bürgerlichen Rechte unterstanden, konnte das neue HGB. die Behandlung solcher Rechtsstoffe dem neuen gemeinen bürgerlichen Rechte überlassen und sich auf die Regelung der dem Handelsverkehr eigentümlichen Verhältnisse beschränken.

Mit der Schaffung eines gemeinen bürgerlichen Rechts wurde auch das subjektive Anwendungsgebiet des Handelsrechts begrenzt. Es war unvermeidlich, daß das HGB. bei der Regelung reiner handelsrechtlicher Vertragsgattungen, die nicht nur für den Verkehr von Kaufleuten untereinander Geltung hatten, seinen Vorschriften auch diejenigen Personen unterwerfen mußte, die nicht Kauf-

leute sind, sondern nur gelegentlich oder dauernd mit solchen in Geschäftsverkehr treten.

Das alte HGB. war aber darin zu weit gegangen und hatte seine Bestimmungen oft auch auf Personen ausgedehnt, die dem Handelsstand nicht angehörten, obwohl die Berechtigung zu solcher Erstreckung des Handelsrechts oft fraglich erschien. Das neue HGB. konnte, da mit ihm zu gleicher Zeit ein gemeines bürgerliches Recht in Kraft trat, sich von diesem Fehler freimachen und seinen Vorschriften mehr den Charakter eines Rechts der Kaufleute geben.

All den Neuerungen und Verbesserungen, die das neue HGB. uns gebracht hat, hat es die Krone aufgesetzt in der an seinem Anfang gestellten Fixierung des Kaufmannsbegriffes. Diese näher zu betrachten soll unsere erste Aufgabe sein, um dadurch auf die neugeschaffene Vorschrift zu kommen, der diese Arbeit gewidmet ist.

a) Der Kaufmannsbegriff nach dem neuen Handelsgesetzbuch.

Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Dies klingt so klar und selbstverständlich, daß es die einzig mögliche Definition für den Kaufmann zu sein scheint. Und in der Tat ließe sich auch keine einfachere und bessere Grundlage für den Aufbau eines so wichtigen Begriffes finden. Wie auf dieser Grundlage des § 1 Abs. 1 HGB. der Begriff des Kaufmanns aufgebaut ist, kann mit Recht als musterhaft bezeichnet werden[1]). Dieser Aufbau liegt in der Erklärung des Begriffes „Handelsgewerbe", die uns die §§ 1 Abs. 2; 2 und 3 Abs. 2 bringen.

Die Vorzüge unserer Definition zeigt uns am besten ein Vergleich mit der des alten HGB.: Kaufmann ist,

[1]) Yelin a. a. O. S. 17.

wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt, lautet art. 4 a. HGB. In den art. 271 und 272 folgt dann eine Aufzählung der Handelsgeschäfte, d. h. der Grundgeschäfte des Handels.

Der Hauptfehler des alten HGB., die Kasuistik, tritt in dieser Definition besonders hervor. Die in ihr enthaltene scharfe Begrenzung des Kaufmannsbegriffes mußte zu Zuständen führen, die mit den Verkehrsanschauungen in striktem Widerspruche standen. Denn mochte ein Betrieb noch so umfangreich sein, mochte er seiner wirtschaftlichen Bedeutung nach unzweifelhaft als Handelsgewerbe erscheinen, er konnte doch seinem Inhaber die Kaufmannsqualität nicht verleihen, weil die in ihm betriebenen Geschäfte nicht in der Aufzählung der art. 271 und 272 enthalten waren. Mit einer Ergänzung und Erweiterung dieses Katalogs der Grundhandelsgeschäfte wäre aber dem Uebelstand nicht abgeholfen worden. Denn dieser wurzelte in der Grunddefinition, die den Schwerpunkt in die Art der gewerbsmäßig betriebenen Geschäfte legte, ohne auf den Umfang und die Art eines gewerblichen Betriebes Rücksicht zu nehmen. Aber gerade dieses letztere Moment mußte berücksichtigt werden, sollte das Gesetz seine vornehmste Aufgabe, seine Anordnungen mit den Anforderungen des Verkehrslebens in Einklang zu bringen, erfüllen.

In dieser richtigen Erkenntnis hat das HGB. als Grundbedingung für die Erlangung der Kaufmannseigenschaft den Betrieb eines Handelsgewerbes gesetzt und damit erreicht, daß nun der Umfang des Betriebes und nicht sein Gegenstand ausschlaggebend wurde. Die Einheit der Grundlage unter alleiniger Zugrundelegung des Prinzips, das wir in § 2 finden, herzustellen, wagte es allerdings nicht, vielmehr hat es das bisherige System in § 1 beibehalten, aber im folgenden Paragraph das neue Prinzip daneben-gestellt. Der Mangel einer einheitlichen Grundlage der Kaufmannseigenschaft verliert aber jede Bedeutung, da

den praktischen Bedürfnissen nach Möglichkeit Rechnung getragen ist.

In Abs. 2 des § 1 finden wir eine Aufzählung der Geschäfte, deren gewerbsmäßiger Betrieb als Handelsgewerbe anzusehen ist, oder richtiger gesagt, deren gewerbsmäßiger Betrieb allein schon, ohne ein weiteres Erfordernis, Kaufmannseigenschaft verleiht. Wer eines der in § 1 Abs. 2 Nr. 1—9 aufgezählten Geschäfte, die übrigens im wesentlichen den Grundgeschäften des Handels der art. 271 und 272 entsprechen[1]), zum Gegenstand seines Gewerbebetriebs macht, ist ohne weiteres Kaufmann und zwar ohne Eintragung in das Handelsregister. Die Eintragung hat hier also nur deklaratorische Bedeutung.

Kaufmann kraft Gewerbes.

Den vielen Gewerben, deren Geschäfte in dem erwähnten Kataloge der Grundhandelsgeschäfte keinen Platz gefunden haben, öffnet nun die neugeschaffene Vorschrift des § 2 die Tür zum Handelsgewerbe. Diese Vorschrift macht jedes gewerbliche Unternehmen zum Handelsgewerbe, das nach Art und Umfang[2]) einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordert, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen ist. Zu dieser Eintragung ist aber der Unternehmer verpflichtet, und er muß nach § 14 zur Erfüllung dieser Verpflichtung vom Registergerichte angehalten werden. Wessen Gewerbe also nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordert, der wird durch die Ein-

[1]) Weggefallen ist nur das Darlehen gegen Verbodmung, hinzugekommen sind die Geschäfte der Lagerhalter und der Schleppschifffahrtsunternehmer.

[2]) In der 6. und 7. Auflage seines Kommentars hatte Staub die Ansicht vertreten, das Wort „Art" sei zu ignorieren, da es sich nur um den Umfang des Betriebes handle. In der neuen, 8., Auflage ist diese Ansicht, mit der Staub vereinzelt dastand, fallen gelassen. Staub § 2 Anmerkung 7.

tragung ins Handelsregister Kaufmann und zwar, da er diese Eintragung herbeiführen muß, Kaufmann kraft notwendiger Eintragung.

Das neue HGB. geht noch weiter, indem es auch den Nebengewerben eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes den Zutritt zu den Handelsgewerben ermöglicht. Nach § 3 Abs. 2 kann derjenige, der in seiner Land- oder Forstwirtschaft ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes ausübt, dadurch Kaufmann werden, daß er sich ins Handelsregister eintragen läßt. Aber er ist zur Beantragung dieser Eintragung nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt; er kann den Antrag auf Eintragung seiner Firma ins Handelsregister stellen, aber nur wenn das Nebengewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordert; die Eintragung macht ihn zum Kaufmann kraft freiwilliger Eintragung. In beiden Fällen des § 2 wie dem des § 3 Abs. 2 des neuen HGB. ist die Eintragung ins Handelsregister konstitutiver, rechtserzeugender Natur.

Wir haben nun gesehen, auf welche Weise die Kaufmannseigenschaft entstehen kann, und es mußte auffallen, welch bedeutungsvoller Einfluß in den neu geschaffenen Bestimmungen der §§ 2 und 3 Abs. 2 dem Eintrag ins Handelsregister zugewiesen ist. Eine noch wesentlich größere Bedeutung weist der Eintragung ins Handelsregister die neu geschaffene Vorschrift des § 5 HGB. zu. Bevor wir aber auf diesen Punkt näher eingehen, dürfte es wohl empfehlenswert erscheinen, das Wesen des Handelsregisters und die Wirkung seiner Eintragungen im allgemeinen kurz zu betrachten.

b) Wirkungen der Eintragungen im Handelsregister.

Ueber Wesen und Zweck des Handelsregisters finden wir in den Motiven zum preußischen Entwurf (Seite 10) folgende Erklärung:

Es sollte in dem Handelsregister in zweckmäßiger Weise ein Organ geschaffen werden, welches auf ähnliche Weise wie das Grundbuch über den Rechtszustand der Grundstücke, über die Verhältnisse des Handelsstandes eines Bezirks, soweit sie von allgemeinem Interesse sind, genauen Aufschluß gibt.

Die Eintragswirkungen lassen sich für das Handelsregister in zwei Gruppen teilen.

Die Mehrzahl der Eintragungen im Handelsregister wirkt nur deklaratorisch, d. h. sie hat die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung einer auch anderweit beweisbaren und wirkenden Tatsache[1]). In einigen Fällen hat die Eintragung eine konstitutive, rechtserzeugende Wirkung. Das eingetragene Rechtsverhältnis *entsteht* dann erst *durch die Eintragung*.

Cosack (Lehrbuch S. 35) nennt als häufigste Wirkung der Eintragung die rechtsbestärkende, d. h. die Wirkung der Eintragung, die ihr nach ordnungsmäßiger Bekanntmachung eigen ist. Dementsprechend führt *Gareis* eine qualifizierte deklaratorische Wirkung an. Beides sind aber die Wirkungen des § 15, die sog. Publizitätswirkung. Diese resultiert aber aus Eintragung und Bekanntmachung *zusammen*, fällt also aus dem Rahmen der echten Eintragswirkungen heraus. Als solche bleiben also nur bestehen die deklaratorische und die konstitutive Eintragswirkung oder nach *Cosack* die rechtsbekundende und die rechtserzeugende.

[1]) *Staub* S. 86 Anmerkung 12a. Vgl. *Staub* HR. zu § 8 Anmerkung 13 Abs. 2.

Unter den Fällen, die rechtserzeugende Wirkung haben, finden wir wieder zweierlei Arten. Die einen — hierzu gehören die oben erwähnten §§ 2 und 3 Abs. 3 — lassen ein Recht oder Rechtsverhältnis entstehen, zu dem alle anderen Voraussetzungen gegeben sind. Die anderen — § 311 und der uns hier beschäftigende § 5 — dagegen ersetzen den Mangel sachlicher Voraussetzungen, die das Gesetz an sich fordert. Nach § 5 ersetzt die Eintragung ins Handelsregister die mangelnde Kaufmanns- bzw. Vollkaufmannsqualität eines Gewerbetreibenden; dieser gilt in zivilrechtlicher Hinsicht als Kaufmann bzw. Vollkaufmann, sofern sich jemand auf die Eintragung beruft. Diese Eintragswirkung kann aber m. E. nicht konstitutiv genannt werden, wie dies auffälligerweise in der Literatur fast allgemein geschieht. Denn durch diese Eintragung wird ja kein Recht erzeugt, die rechtliche Stellung des fälschlich Eingetragenen ändert sich nicht; er wird durch die Eintragung nicht Kaufmann, er *gilt* nur als solcher für den Fall, daß sich jemand auf die Eintragung beruft. *Finger* nennt diese Eintragswirkung außerordentlich-konstitutiv im Gegensatz zur ordentlich-konstitutiven Wirkung rechtmäßiger Eintragungen. Richtiger bezeichnet sie m. E. *Ehrenberg*[1]) mit *heilend*, indem er die Wirkung der Eintragung, Mängel im Rechte des Eingetragenen aufzuheben, mit Heilkraft der Eintragung bezeichnet.

Die eigenartige konstitutive Wirkung des § 5, wie *Staub* sie bezeichnet[2]), bildet, wie schon oben erwähnt, eine Ausnahme von der Regel, daß die Eintragungen im Handelsregister jederzeit angefochten werden können und nähert sich der Wirkung der Eintragungen im Grundbuch.

Sie *gleicht* dieser aber nicht, schon deshalb, weil der Grundbucheintrag nur den gutgläubigen Dritten schützt,

---

[1]) Vgl. *Ehrenberg* i. Iherings J. Bd. 47.

[2]) *Staub* a. a. O. S. 76.

während der Eintrag im Handelsregister im Falle des § 5, wie wir sehen werden, jeden sich darauf Berufenden, auch den Eingetragenen selbst, ohne jede Rücksicht auf guten oder bösen Glauben schützt. Vor allem aber genießt das Handelsregister, wie schon erwähnt, keinen öffentlichen Glauben, auch nicht in bezug auf § 5, obwohl diese Ansicht manchmal vertreten wird. Der Umstand, daß nach § 5 die Eintragung im Handelsregister auch bei bösem Glauben schützt, läßt die Wirkung dieser Eintragung stärker erscheinen als die Wirkung des öffentlichen Glaubens.

Die Bedeutung und Tragweite dieser eigenartigen, vom neuen HGB. erst geschaffenen Vorschrift rechtfertigt es wohl, sie zum Gegenstand näherer Betrachtung zu machen.

c) Geschichte und Bedeutung des § 5.

Zunächst mag kurz auf die Entwicklung dieser Vorschrift eingegangen werden.

Eine Schutzvorschrift zugunsten desjenigen, der im Vertrauen auf einen Firmeneintrag im Handelsregister dem Eingetragenen die Stellung eines Kaufmanns mit allen Rechten und Pflichten eines solchen einräumt, kannte das alte HGB. nicht. Es hatte sich lediglich in der Praxis der Grundsatz herausgebildet: Wer sich selbst zum Handelsregister anmeldet, kann, nachdem die Eintragung erfolgt ist, nachträglich nicht bestreiten, daß er Vollkaufmann sei. Dieser Notbehelf konnte natürlich den berechtigten Wünschen der beteiligten Kreise nach einer Schutzvorschrift des erwähnten Inhaltes nicht genügen und deshalb strebten sie mit aller Energie eine strikte Gesetzesregel an; zunächst erfolglos. Denn auch der Entwurf eines neuen HGB. des Reichsjustizamtes ließ es hinsichtlich des Einzelkaufmannes beim alten, nur bezüglich der Handelsgesellschaften gab er den geäußerten Wünschen Raum, indem er in § 111 Abs. 4 bestimmte:

„Nach der Eintragung (der offenen Handelsgesellschaft) in das Handelsregister kann die Unwirksamkeit nicht aus dem Grunde geltend gemacht werden, daß es in Ansehung des Gegenstandes oder der Art oder des Umfanges des Gewerbebetriebes an den nach den Vorschriften der §§ 1—3, 5 maßgebenden Voraussetzungen fehlt."

§ 147 Abs. 2 dehnte diese Vorschrift auf die Kommanditgesellschaft aus.

Diese Vorschrift konnte aber zum Schutze der Rechts- und Verkehrssicherheit unmöglich genügen, denn es ist unerfindlich, wie das, was hinsichtlich der Handelsgesellschaft erforderlich ist, nicht auch auf den Einzelkaufmann Anwendung finden soll. Die neuen Vorschriften der §§ 2 und 3 Abs. 2 machten die Ausdehnung des § 114 auf den Einzelkaufmann besonders nötig. Denn diese Paragraphen stellen im Gegensatz zum alten HGB. als Bedingung für die Erlangung der Kaufmannsqualität außer der Eintragung das Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Betriebes auf. Wann dies Erfordernis nun wirklich vorliegt, ist Tatfrage. Es war also zu erwarten, daß die Kaufmanns- bzw. Vollkaufmannsqualität gemäß dieser Paragraphen immer wieder aus dem Grunde angefochten würde, daß das erwähnte Kriterium nicht vorliege; der Prozeßrichter hätte dann jedesmal erst über diese Frage Beweis erheben müssen.

In der richtigen Erkenntnis dieses zu erwartenden Uebelstandes hatte der deutsche Handelstag schon früher beschlossen, einen Zusatz zu § 2 in Vorschlag zu bringen, der die erwähnte Einrede ausschloß. Ferner wollte er in § 2 die Bestimmung aufgenommen wissen, daß ein gewerbliches Unternehmen, das den Erfordernissen des § 1 Abs. 2 nicht entspreche, doch als Handelsgewerbe gelten solle, wenn die Firma des Unternehmers ins Handelsregister eingetragen sei. Einen glänzenden Verteidiger fanden diese Forderungen in Petri, der in der deutschen Juristenzeitung

die Notwendigkeit der geforderten Vorschriften ausführlich vor Augen führte. Den vereinten Bemühungen der Vertreter von Wissenschaft und Praxis gelang es, den bisherigen Widerstand des Gesetzgebers zu brechen. Im Entwurf erschien statt des § 111 Abs. 4 der § 5 in seiner jetzigen Fassung. Danach *gilt* der Gewerbetreibende, dessen Gewerbe weder den Anforderungen des § 1 noch des § 2 oder § 3 Abs. 2 entspricht, gleichwohl als Kaufmann und zwar als Vollkaufmann, wenn er in das Handelsregister eingetragen ist und sich eine Partei auf die Eintragung beruft.

Diese Vorschrift ist eine Ausnahmeregel, deren Charakter aus ihrem Wortlaut leicht ersichtlich ist. Zum Schutze desjenigen, der sich auf den Inhalt des Handelsregisters verläßt, schafft sie eine Vermutung für die Richtigkeit der Eintragung, die zur unwiderleglichen wird, sobald sich eine Partei auf die Eintragung beruft. Diese Vermutung behält ihre Kraft also auch dann, wenn der, der sich auf die Eintragung beruft, deren Unrechtmäßigkeit kennt und stets gekannt hat. Ohne den guten oder bösen Glauben der Parteien in Betracht zu ziehen, gibt sie ganz allgemein der Eintragung die Kraft, den Mangel sachlicher Voraussetzungen zu heilen.

Bei der Auslegung der neugeschaffenen Vorschrift des § 5 haben sich in der Literatur wesentliche Meinungsverschiedenheiten gezeigt. Besonders lebhaft hat sich *Staub* an ihr beteiligt, der für den durch diesen Paragraph geschaffenen Kaufmann den jetzt allgemein üblichen Namen Scheinkaufmann geschaffen hat. Bei seiner Interpretation geht *Staub* so weit, daß er die Lehre aufstellt: nicht nur der fälschlich eingetragene Gewerbetreibende gelte als Kaufmann bzw. Vollkaufmann, sondern diese Vorschrift gelte auch für den, der sich im Verkehr als Kaufmann geriere, ohne eingetragen zu sein. Trotz des lebhaften Widerspruchs, den er mit seiner Theorie in der Literatur

gefunden hat, hält er auch in der neuesten (achten) Auflage seines Kommentars an ihr fest und unterscheidet nunmehr scharf zwischen dem „Kaufmann kraft formalen Rechts", der ein Produkt der Gesetzesvorschrift ist, und dem „Scheinkaufmann", der ein Ergebnis der weitgehenden Staubschen Interpretation dieser Vorschrift ist.

Das Wesen dieser beiden Begriffe eingehend zu beleuchten, soll im folgenden unsere Aufgabe sein.

II. Der Kaufmann kraft formalen Rechts.

a) Begriff und rechtliche Bedeutung.

Bei der Darstellung der Kaufleute kraft formalen Rechts wollen wir zunächst die Rechtssubjekte betrachten, auf welche die Gesetzesvorschrift Anwendung findet.

Der Wortlaut der Gesetzesvorschrift ergibt, daß sie Anwendung finden soll auf den Gewerbetreibenden, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist. Begrifflich ist also zunächst notwendig, daß ein Gewerbe vorliegt und daß dessen Inhaber ins Handelsregister eingetragen ist. Fehlt der Gewerbebetrieb, so kann auch § 5 nicht Platz greifen. Das Handelsgesetzbuch definiert den Begriff des Gewerbes nicht, entlehnt ihn auch nicht aus der Gewerbeordnung, sondern überläßt uns die selbständige Entwicklung desselben[1]).

Gewerbe ist jede auf einen dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit. Ausgeschlossen sind also die liberalen Berufe und die freien Künste: Aerzte, Rechtsanwälte, Maler, Bildhauer sind also nie Gewerbetreibende in unserem Sinne. Nur wenn sämtliche in unserer Definition enthaltenen Kriterien vorliegen, ist ein Gewerbe vorhanden. Deshalb wird die Eintragung wirkungslos sein, wenn der Eingetragene gar keine Erwerbstätigkeit betreibt, sondern von seinem Privatvermögen lebt. Oder es kann dem Registergerichte entgegengehalten werden, daß die Tätigkeit keine selbständige sei, der Eingetragene vielmehr nur als Handlungsgehilfe tätig sei, nicht aber Inhaber des Betriebes sei. Oder es kann die Erwerbs-

[1]) Staub § 1 Anmerkung 6.

absicht bestritten werden, da es sich um ein gemeinnütziges Institut handle. Endlich kann auch behauptet werden, es liege kein Gewerbe vor, da die Absicht fehle, aus der Tätigkeit „dauernden" Gewinn zu ziehen. Vereinzelte Geschäfte, auch wenn sie noch so hohen Gewinn abwerfen, können doch niemals als Gewerbebetrieb bezeichnet werden. Entscheidend ist jedoch hier der Wille, nicht der Erfolg für die Beurteilung der Begriffe „dauernd" und „Gewinn".

Der Inhaber eines solchen Gewerbebetriebes kann nun sowohl ein Einzelindividuum als auch eine Personenvereinigung sein; denn nach § 6 Abs. 1 finden die bezüglich der Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung[1]).

Von den Handelsgesellschaften kommen für die Vorschrift des § 5 nur die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft in Betracht, denn die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien erwerben ja mit der Eintragung außer der Existenz auch immer die Kaufmannseigenschaft; ebenso werden auch die Gesellschaften m. b. H. und die Genossenschaften von unserer Vorschrift nicht betroffen.

Natürlich muß die offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft zu Recht bestehen, d. h. es muß ihr ein gültiger Gesellschaftsvertrag zugrunde liegen. Fehlt ein solcher, so liegt keine richtige Handelsgesellschaft vor und es kann also auch § 5 nicht Platz greifen. Dagegen findet § 5 auch dann Anwendung, wenn eine Handelsgesellschaft dadurch entsteht, daß jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines zu Unrecht Eingetragenen eintritt[2]).

[1]) Daß § 5 auch auf die Handelsgesellschaften auszudehnen ist, würde sich ja auch schon aus der oben gegebenen Entwicklungsgeschichte ergeben.

[2]) Vgl. Staub § 28 Anmerkung 3, und Goldmann I, 138.

Die Vorschrift des § 5 findet auch dann Anwendung, wenn die Eintragung schon vor dem 1. Januar 1900 erfolgt war, aber nur hinsichtlich solcher Rechtsgeschäfte, die nach diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden.

Nachdem wir nun gesehen haben, auf welche Rechtssubjekte § 5 Anwendung findet, wollen wir uns nun der Betrachtung seiner rechtlichen Bedeutung zuwenden. Nach seinem klaren Wortlaut schützt er denjenigen, der sich auf die Eintragung eines Gewerbetreibenden beruft, vor zwei Einreden: 1. daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, und 2. daß das unter der Firma betriebene Gewerbe zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre, d. h. ein Minderhandelsgewerbe sei. Die Bedeutung der Vorschrift liegt also darin, daß der auf die Eintragung eines Gewerbetreibenden sich Berufende sich lediglich auf diese Eintragung stützen kann, ohne daß ihm deren Unrechtmäßigkeit entgegengehalten werden könnte. Den Beweis, daß das unter der eingetragenen Firma betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe bzw. ein Vollhandelsgewerbe sei, braucht er nicht zu erbringen. Düringer und Hachenburg stellen dies folgendermaßen fest:

„Die Eintragung der Firma begründet die gesetzliche durch keinen Gegenbeweis zu zerstörende zweifache Vermutung (praesumtio juris et de jure): 1. daß das unter der Firma betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe sei, 2. daß es das Gewerbe eines Vollkaufmanns sei."

Aber nur die beiden genannten Einreden gegen die Rechtmäßigkeit der Eintragung schließt § 5 aus. Wie schon oben in der Begrenzung seines Anwendungsgebietes gezeigt ist, können gegen die Eintragung eine ganze Reihe von Einreden gebracht werden, ohne daß § 5 schützend eingreift.

Wen schützt nun unsere Vorschrift vor den genannten Einreden? den sich auf die Eintragung Berufenden. Das

kann nun ein Dritter sein, der Vertragsgegner des Eingetragenen, es kann aber auch dieser selbst sein. Irrelevant ist dabei, wie schon erwähnt, die Kenntnis des wahren Sachverhalts. Auf den guten oder bösen Glauben des sich Berufenden kommt es nicht an, die bloße Berufung auf die Eintragung bewirkt, daß die genannten Einreden ausgeschlossen sind; bei dem sich auf die Eintragung berufenden Eingetragenen selbst kann außerdem wohl kaum von gutem Glauben die Rede sein. Ferner ist es völlig belanglos, wie die Eintragung herbeigeführt wurde; sie kann auf den Antrag des Eingetragenen selbst erfolgt sein, sie kann aber auch dolos von einem Dritten veranlaßt, sie kann endlich auch durch ein Versehen des Registerrichters erfolgt sein.

Es ist nun vielfach die Ansicht vertreten worden, daß der ohne sein Wissen Eingetragene an der Eintragung nicht festgehalten werden dürfe. Dieser Ansicht gibt Schultze-Görlitz für das alte Handelsrecht Ausdruck, indem er ausführt:

„Es widerspricht allen Rechtsgrundsätzen, wenn jemand für eine nicht beantragte Eintragung, also für eine von ihm überhaupt nicht gewollte und ohne sein Wissen vorgenommene Handlung verantwortlich gemacht werden soll."

Dieser Ansicht ist für das neue Handelsrecht nicht beizutreten. Denn die Vorschriften des neuen HGB. über die Bewirkung der Eintragung gewähren meines Erachtens genügenden Schutz gegen eine Eintragung wider Wissen und Willen des von ihr Betroffenen.

Nach § 12 HGB. ist die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister vom Firmeninhaber persönlich bei dem Gericht zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen. Die materielle Prüfungspflicht des Registerrichters ist bestritten; in der Literatur ist sie größtenteils verneint; dagegen ist seine formelle Prüfungspflicht allgemein anerkannt. Diese umfaßt eine Untersuchung

über die Berechtigung des Anmeldenden zur Anmeldung, seine Identität und Rechtsfähigkeit. Dadurch erscheint es schon ausgeschlossen, daß ein Unberechtigter die Eintragung einer Firma herbeiführen kann. Eine weitere Sicherheit bietet § 10, der die Publikation jeder Eintragung durch das Gericht vorschreibt. Außerdem bestimmt § 180 des FGG., daß jede Eintragung dem Antragsteller bekannt gemacht werden soll, es sei denn, daß er darauf verzichtet hat. Wer aber trotz dieser Sicherheitsmaßregeln noch eine dolose Anmeldung seiner Firma durch einen Unberechtigten befürchtet, kann auf Grund des § 9 Abs. 3 des HGB. jederzeit vom Registergericht ein Negativatteſt fordern, d. h. eine amtliche Erklärung, daß ein Firmeneintrag für ihn nicht erfolgt sei. Nach § 126 des FGG. sind die Organe des Handelsstandes verpflichtet, die Registergerichte behufs Verhütung unrichtiger Eintragungen sowie behufs der Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu unterstützen.

Durch all diese Vorschriften ist der Gewerbetreibende genügend gegen eine Anmeldung einer Firma für ihn durch einen Unberechtigten geschützt. Jeder muß wissen, daß er in die genannte Gefahr kommen kann und wie er ihr begegnen muß. Außerdem ist aber wohl zu beachten, daß der ohne sein Wissen Eingetragene ja auch die Vorteile der Eintragung genießt; da ist es doch wohl billig, daß ihn auch ihre Nachteile treffen zugunsten desjenigen, der sich auf die Eintragung verläßt. Denn der Schutz des Dritten ist ja auch Zweck der Vorschrift.

Es ist im vorhergehenden wiederholt angedeutet, daß die Wirkung unserer Vorschrift nur zwischen dem sich auf die Eintragung Berufenden und seinem Gegner eintritt. Die Bedeutung der Vorschrift liegt also zunächst nur auf zivilistischem Gebiet und tritt auch hier nur in privatrechtlichen Beziehungen zutage. Dabei ist es selbstverständlich, daß nicht nur für die beiden Parteien, sondern auch

für den Zivilrichter die praesumtio juris et de jure des § 5 bindend wirkt. Ex officio allerdings hat der Zivilrichter die Eintragung des Gewerbetreibenden im Handelsregister nicht zu beachten. Beruft sich aber eine Partei auf die Eintragung, so muß auch er die im § 5 festgelegte relative Heilkraft[1]) der Eintragung anerkennen und bei Beurteilung der Sachlage die Kaufmannseigenschaft des Eingetragenen berücksichtigen.

Ob und eventuell inwieweit § 5 auch für öffentliche rechtliche Vorschriften in Betracht kommt, soll bei Betrachtung der rechtlichen Stellung des eingetragenen Firmeninhabers ausgeführt werden. Hier mag nur gleich erwähnt werden, daß im Gegensatz zum Zivilrichter weder der Strafrichter noch der Registerrichter von der Eintragung beeinflußt werden. Für den Strafrichter kann natürlich eine Vorschrift des HGB., den wahren Sachverhalt durch eine Vermutung abzuändern, nicht bindend sein. Seine Aufgabe ist es, im Gegensatz zum Zivilrichter, die materielle Wahrheit zu erforschen, und kommt z. B. der Strafrichter zu der Erkenntnis, daß ein wegen unterlassener Buchführung zur Rechenschaft gezogener Kridar zu Unrecht im Handelsregister eingetragen war, da das von ihm betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe oder nur ein Minderhandelsgewerbe war, so hat er ihn als Nichtkaufmann zu behandeln, d. h. von der Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Buchführung als befreit anzusehen. Dies oft erwähnte Beispiel zeigt, daß in diesem Punkt die Publizisten einer Meinung sind.

Daß auch für den Registerrichter die Wirkung der Eintragung nach § 5 fortfällt, ist nicht minder klar und unbestritten. Denn § 142 des FGG. spricht dem Registerrichter die Befugnis zu, eine Eintragung, die mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, von Amts wegen

[1]) Man spricht hier von relativer Heilkraft, weil durch die Eintragung nur gewisse, nicht alle Mängel geheilt werden.

zu löschen. Hierzu bemerkt Staub in der 6. und 7. Auflage seines Kommentars sehr richtig: „Soweit es sich also um die Berichtigung des Registers handelt, wäre es ein circulus vitiosus, wollte man auch solchen Anträgen und Maßnahmen gegenüber den Einwand versagen, der Eingetragene betreibe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe." Auf Grund des oben erwähnten § 126 des FGG. können auch die Organe des Handelsstandes die Berichtigung des Handelsregisters beantragen. Selbstverständlich kann gegenüber solchen Anträgen die Wirkung des § 5 nicht behauptet werden

b) Dauer der Eintragswirkung und Beziehung zu § 15.

Die Möglichkeit, sich auf eine Eintragung zu berufen, ist gegeben vom Augenblick an, wo sie erfolgt ist. Es kann sich also ein Interessent auf den für einen Gewerbetreibenden erfolgten Firmeneintrag vom Augenblick der Eintragung an berufen und der Wortlaut des § 5 ergibt, daß dieser dann sofort seine Wirkung ausübt, indem er gegenüber der Berufung die Möglichkeit abschneidet, die Kaufmanns- oder Vollkaufmannseigenschaft des eingetragenen Gewerbetreibenden aus den angegebenen Gründen zu bestreiten. Die Wirkung des § 5 beginnt also mit der Eintragung der Firma ins Handelsregister. Es muß nun die Frage aufgeworfen werden, ob § 15 gegenüber § 5 wirkungslos ist, d. h. ob der Dritte, der von der Eintragung nichts weiß, dieselbe ohne Publikation gegen sich gelten lassen muß.

Staub schreibt über den Beginn der Wirkung der Eintragung[1]):

„Hervorzuheben ist, daß die Eintragung allein, ohne die hinzukommende Publikation die erwähnte Wirkung hat. Indessen ist deswegen § 15 doch nicht bedeutungslos. Denn wenn auch § 5 die konstitutive Kraft hat, daß der zu

[1]) Vgl. Staub Seite 48 Anmerkung 6.

Unrecht Eingetragene als Vollkaufmann gilt, so behält doch § 15 daneben die Bedeutung, daß der Dritte die nicht publizierte Eintragung (wie auch bei § 2) sich dann nicht entgegenhalten zu lassen braucht, wenn sie ihm nicht bekannt war."

Im gleichen Sinne sprechen sich aus Düringer-Hachenburg, Lehmann-Ring, Goldmann, Makower, Yelin. Sie alle vertreten die Ansicht: Die Wirkung des § 5 beginnt an sich mit der Eintragung; um aber dem Gegner erfolgreich entgegengehalten werden zu können, muß diese auch noch gemäß § 15 bekannt gemacht sein.

Diese Theorie ist vielfach und zwar mit scheinbar guten Gründen bestritten worden. Dr. Ritter, Bovensiepen, Düringer, Nord und zuletzt Bornefeld vertreten energisch die gegenteilige Ansicht und bestreiten jede Beziehung zwischen § 5 und § 15[1]). Düringer führt aus: „Die spezielle Frage, ob das Gewerbe des Eingetragenen als Handelsgewerbe und zwar als Handelsgewerbe eines Vollkaufmanns zu beurteilen ist, muß, wie schon der Wortlaut des § 5 ergibt, ganz unabhängig von der Vorschrift des § 15 beantwortet werden und zwar auch im Verhältnis zu Dritten. Sie ist überhaupt keine Tatfrage, sie ist im wesentlichen Rechtsfrage. Die rechtliche Qualifikation des Gewerbes als Handelsgewerbe wird durch die Eintragung festgestellt. Diese Qualifikation ist keine Tatsache im Sinne des § 15. Dessen Vorschrift kann keine Anwendung finden." Den später zu behandelnden

[1]) Dr Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts, Berlin 1900.
Bovensiepen, Der Minderkaufmann, sein Recht, Halle 1905.
Düringer, Im Recht, 4. Jahrgang 1900, Nr. 5 S. 93.
Nord, Der eingetragene Nichtkaufmann nach dem neuen Handelsgesetzbuch. Diss. Rostock 1902.
Bornefeld, Der Scheinkaufmann § 5 HGB. ass. Leipzig 1907.

Gegensatz, in dem nach seiner Meinung Beginn und Ende der Eintragswirkung nach § 5 zum § 15 stehen, legt er dar, wenn er sagt: „Für die Tatfrage der Geschäftsaufgabe oder Löschung der Firma greift die Regel des § 15 ein; für die Rechtsfrage der Qualifikation des Gewerbes nach § 5 ist die Eintragung maßgebend."

Derselben Meinung ist Ritter, der von der Vermutung des § 5 sagt: „Sie gilt ohne Rücksicht auf Bekanntmachung bereits mit der Eintragung", und Bovensiepen, der für den Umstand, daß ein Minderkaufmann unter einer Firma im Handelsregister eingetragen ist, die Eintragsbedürftigkeit im Sinne des § 15 bestreitet, vielmehr in ihm „ein Verschulden des Registerrichters" sieht, „das durch Löschung der Scheinfirma von Amts wegen sobald als möglich unschädlich zu machen ist."

Daß die unrechtmäßige Firmenführung eines Gewerbetreibenden eine „eintragsbedürftige" Tatsache im Sinne des § 15 sein solle, bekämpfen auch Nord und Bornefeld. Ersterer führt aus, der Kreis der Tatsachen, die im Handelsregister einzutragen seien, sei im Gesetz genau bestimmt, die Firmenführung eines Nichtkaufmanns sei dabei nicht erwähnt. Ebenso sagt Bornefeld, die Tatsache, daß ein Nichtkaufmann eine Firma führe, sei nicht im Sinne des § 15 eine „einzutragende" Tatsache. Sie sei vielmehr gemäß § 18 ff. in Verbindung mit § 4 HGB. nur für die Kaufleute, von denen im § 5 nicht die Rede sei, nämlich für die Vollkaufleute, eine einzutragende Tatsache.

Die Ansicht dieser Gruppe von Schriftstellern stützt sich also durchgehends darauf, daß der Umstand, daß für einen Nichtkaufmann eine Firma im Handelsregister eingetragen sei, nicht unter die einzutragenden Tatsachen zu rechnen sei, von denen § 15 spricht; die andere Gruppe dagegen sieht in diesem Umstand eine solche einzutragende Tatsache.

Da entsteht nun die Frage, was man unter „einzutragende" versteht. Makower[1]) erörtert diese Frage wie folgt: „Zweifelhaft kann sein, ob unter „einzutragende" nur die „eintragungspflichtigen", d. h. deren Eintragung durch Ordnungsstrafen erzwingbar, verstanden, oder ob (s. Wolff ZHR. 47, 262 Anm. 42) weitergehend alle „eintragungsfähigen" Tatsachen gemeint sind. Für ersteres spricht der Wortlaut „einzutragenden", nicht etwa „eintragbaren" und ferner der Umstand, daß eine der in § 15 enthaltenen Regeln[2]) keinesfalls auf die eintragungsfähigen, aber nicht eintragungspflichtigen Tatsachen paßt; diese Auslegung ist auch vorausgesetzt in der Entscheidung des RG. vom 19. September 1908 J. W. 401[15]. Trotzdem wird wohl der Auslegung als „eintragsfähigen" der Vorzug zu geben sein, da aus den Bemerkungen der Denkschrift zu § 174 hervorgeht, daß dort § 15 in dieser Weise ausgelegt wurde." Je nachdem wir nun die eine oder andere Auslegung des Wortes „einzutragende" wählen, müssen wir zu der einen oder anderen in der Literatur vertretenen Ansicht über die Beziehungen von § 15 zu § 5 kommen. Denn es ist ganz klar, daß die Firmenführung durch einen Nichtkaufmann bzw. Minderkaufmann keine eintragungspflichtige Tatsache sein kann; wohl muß sie aber als eine eintragungsfähige bezeichnet werden. Ich möchte mich nun der Ansicht Makowers anschließen und „einzutragende" als „eintragungsfähige" interpretieren. Damit komme ich von selbst zu der Ansicht, die von der älteren der erwähnten Gruppen von Schriftstellern vertreten wird, daß § 15 für den Beginn der Eintragswirkung nach § 5 nicht wirkungslos

[1]) Vgl. Makower § 15 Anmerkung IIIa, 2.

[2]) Gemeint ist die in § 15 Abs. 1 enthaltene Regel: „Solange eine einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekannt gegeben ist, kann sie dennoch einem Dritten entgegengesetzt werden, dem sie bekannt war."

ist, sondern die Wirkung des § 5 zwar schon durch die Eintragung allein ausgelöst wird, daneben aber § 15 die Bedeutung hat, daß der Dritte die nicht publizierte Eintragung sich dann nicht entgegenhalten zu lassen braucht, wenn sie ihm nicht bekannt war.

Es ist selbstverständlich, daß die Vermutung, die sich auf die Eintragung stützt, nur solange dauern kann, als die Eintragung besteht. Wird also die Firma gelöscht, so hört auch die praesumtio des § 5, die durch die Eintragung geschaffen, auf zu existieren. Der Gewerbetreibende gilt nun auch nicht mehr als Kaufmann bzw. Vollkaufmann; jedoch auch er selbst kann in einem Rechtsstreite geltend machen, daß sein Gewerbe kein Handelsgewerbe oder nur ein Minderhandelsgewerbe sei. Natürlich hat aber die Löschung keine rückwirkende Kraft. Für Rechtsverhältnisse, die zur Zeit des Bestehens der Eintragung eingegangen sind, sind auch nach der Löschung noch die Einreden versagt.

Daß zur Beendigung der Eintragswirkung die Publikation erforderlich ist, ist unbestritten, da das Gesetz ja ausdrücklich vorschreibt, daß das Erlöschen der Firma einzutragen ist[1]).

Die Eintragswirkung des § 5 endet aber auch, wenn andere Voraussetzungen des § 5 wegfallen. Die Eintragung allein hat ja nicht die Wirkung des § 5 erzeugt, es mußte doch vor allem ein Gewerbebetrieb zugrunde liegen; fällt dieser nun weg, so endet die Eintragswirkung zugleich, obwohl die Eintragung noch fortbesteht; diese ist jetzt völlig gegenstandslos geworden.

[1]) HGB. § 31 Abs. 2.

c) Rechtliche Stellung des Firmeninhabers.

Durch die Eintragung seiner Firma im Handelsregister erhält der Gewerbetreibende die rechtliche Stellung eines „Kaufmanns kraft formalen Rechtes", d. h. mit anderen Worten, wenn sich im Rechtsstreite eine der Parteien auf die Eintragung beruft, so hat er für den ganzen Rechtsstreit und für alle Instanzen Kaufmanns- bzw. Vollkaufmannsgeltung.

Es ist im vorhergehenden schon wiederholt angeführt worden, daß § 5 keine Kaufmannseigenschaft verleiht. Wir sahen schon, daß die Eintragswirkung nach § 5 nicht konstitutiv genannt werden kann, da durch die Eintragung ja kein Recht erzeugt, die rechtliche Natur des Eingetragenen durchaus nicht geändert wird. Die Eintragung besteht zu Unrecht und kann jederzeit gelöscht werden entweder auf Antrag des Eingetragenen selbst oder auf den eines geschädigten Dritten oder von Amts wegen. Solange sie aber besteht, gilt der Eingetragene als Kaufmann bzw. Vollkaufmann, wenn er selbst oder ein Vertragsgegner sich auf die Eintragung beruft und auch dann nur für den betreffenden Fall. Die Einschränkung, daß die Eintragung ihre Wirkung nur bei einer Berufung auf sie äußert, ist allerdings ohne große praktische Bedeutung. Denn diese Berufung wird wohl fast immer stattfinden; stehen Rechte des Kaufmanns in Frage, so wird der Eingetragene durch die Berufung auf die Eintragung seiner Firma sich die Vorteile seiner Kaufmannsgeltung verschaffen. Ist dagegen die Erfüllung einer Pflicht des Kaufmanns Streitgrund, so wird sicherlich der Gegner den Eingetragenen an der Eintragung festhalten und ihm so die Lasten und größeren Pflichten seiner Kaufmannsgeltung auferlegen.

Nur Schirrmeister will an Stelle der sonst in der Literatur allgemein angenommenen Kaufmanns-

geltung die Kaufmannseigenschaft setzen, indem er den Satz aufstellt: sola matricula facit mercatorem.

Nach seiner Ansicht muß die Eintragung die Kaufmannseigenschaft unbedingt erzeugen, wenn die vom Gesetzgeber beabsichtigte Rechtssicherheit geschaffen werden soll. Für ihn schafft der Firmeneintrag formelle Wahrheit: Der eingetragene Gewerbetreibende ist schlechthin Kaufmann bzw. Vollkaufmann.

Diese Ansicht ist nach dem oben Gesagten zu verwerfen.

Nach dem Wortlaut des § 5 tritt die Kaufmannsgeltung nur ein zwischen dem Eingetragenen und seinem Gegner in einem privatrechtlichen Streit; nur für und gegen ihn und gegen und für seinen Gegner wirkt die Vermutung des § 5. Die Geltung als Kaufmann überträgt sich nicht auf andere Privatstreitigkeiten, sondern sie muß jedesmal wieder von neuem geltend gemacht werden.

Wir haben oben schon angedeutet, daß § 5 nur für die privatrechtlichen Verhältnisse des Firmeninhabers von Bedeutung sei. Für das öffentliche Recht muß ihm grundsätzlich jede Wirkung abgesprochen werden. Denn eine Eintragung im Handelsregister kann doch nur innerhalb des Personenkreises Geltung haben, für den solche Eintragungen bestimmt sind; der Inhalt dieser Eintragungen findet doch nur im Handelsverkehr Anwendung. Diesen Erklärungen eine andere, weitere Kreise bindende Wirkung zu geben wäre verfehlt.

Daraus folgt, daß auch § 5 nur für den Handelsverkehr geschaffen ist, niemals aber vom Standpunkt des öffentlichen Rechtes irgendwelchen Anspruch auf Beachtung haben kann. Wir haben schon früher erwähnt, daß das Strafrecht von der Vorschrift des § 5 nicht berührt wird. Den Strafrichter kümmert der Registereintrag nicht, er muß selbständig prüfen, ob Vollkaufmannseigenschaft und damit eventuell eine Voraussetzung der Strafbarkeit vorliegt. Es kann im öffentlichen Recht unmöglich jemand als Kauf-

mann behandelt werden, der es nicht ist. Daher muß auch der zu Unrecht eingetragene Nichtkaufmann für das öffentliche Recht Nichtkaufmann bleiben[1]).

Wie für den Strafrichter, so ist auch für den Registerrichter die Vorschrift des § 5 wirkungslos. Die Gründe hierfür haben wir schon oben entwickelt. Wie verhält es sich aber nun mit den übrigen Vorschriften des HGB. und denen des GVG., die mit den Bestimmungen des HGB. über Kaufmannseigenschaft Beziehung haben?

Hierzu führt Staub[2]) aus: „Der Eingetragene muß sich gefallen lassen, daß die zivilrechtlichen Rechtsvorschriften (handels- und bürgerlich-rechtliche), die für Kaufleute und deren Geschäfte gelten, auch auf ihn und seine Geschäfte zur Anwendung kommen. Das gleiche gilt von solchen prozessualen Vorschriften, die zur sachgemäßen Durchführung der zivilen Vorschriften für Kaufleute und Handelsgeschäfte gegeben sind: z. B. Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen § 101 GVG.; Recht des Kaufmanns, unter der Firma zu klagen und verklagt zu werden § 17 Abs. 2 HGB. . . ." Wir wollen sehen, ob diese Beantwortung der Frage in allen Punkten richtig ist.

Gehen wir zunächst auf § 17 Abs. 2 ein, so finden wir dort die Bestimmung, daß ein Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann. Ist diese Vor-

[1]) Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Eintragung niemals für das öffentliche Recht Bedeutung hat; ihr Bestehen oder Nichtbestehen kann vielmehr für die strafrechtliche Beurteilung wesentlich sein, wenn sie nämlich die wahre Kaufmannseigenschaft und nicht nur Kaufmannsgeltung herbeiführt. Demnach wird der Gewerbetreibende, dessen Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordert und der demnach durch Eintragung nach § 2 bzw. § 3 Abs. 2 HGB. zum Kaufmann werden würde, nach der Eintragung wegen unterlassener Buchführung im Falle seines Konkurses bestraft werden können, während dies nicht der Fall wäre, solange die Eintragung unterblieben ist.

[2]) Staub Anmerkung zu § 5 S. 77.

schrift nun auch auf den Gewerbetreibenden auszudehnen, der infolge unrechtmäßiger Eintragung im Handelsregister als Kaufmann gilt? Ich möchte diese Frage bejahen in Uebereinstimmung mit Staub[1]), Lehmann-Ring[2]) und Nord[3]). Soll der zu Unrecht Eingetragene im Prozeß als Kaufmann gelten, so muß er meines Erachtens doch auch als Partei diese Geltung haben, d. h. als Kaufmann, also unter seiner Firma klagen und verklagt werden können; das erscheint mir als logische Notwendigkeit. Der gegenteilige Standpunkt Bornefelds erscheint mir unverständlich und seine Begründung gesucht[4]). Es ist mir durch das Schweigen des Gesetzes nicht bewiesen, daß die praesumtio juris, die für die privatrechtliche Stellung des Eingetragenen maßgebend ist, für den Privatrechtsstreit außer Kraft treten und dem tatsächlichen Zustand weichen soll.

Im Zusammenhang mit dieser Betrachtung muß untersucht werden, ob auf den Kaufmann nach § 5 auch der § 101 des GVG. Anwendung findet, mit andern Worten, ob die Kammer für Handelssachen für Klagen von und gegen den zu Unrecht Eingetragenen zuständig ist. Staub[5]), Lehmann-Ring[6]), Düringer und Hachenburg[7]), Goldmann[8]) bejahen diese Frage kurzerhand, ausgehend von der obenerwähnten Staubschen Tendenz. Ihnen treten entgegen Lührs[9]), Bovensiepen[10]) und Bornefeld[11]). Lührs führt hierbei aus: „Auch

[1]) Staub a. a. O. S. 77 und 118.
[2]) Lehmann-Ring a. a. O. S. 43.
[3]) Nord a. a. O. S. 50/51.
[4]) Vgl. Bornefeld S. 32.
[5]) Staub a. a. O. S. 77.
[6]) Lehmann-Ring a. a. O. S. 44.
[7]) Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 58, IV.
[8]) Goldmann a. a. O. S. 34, 4.
[9]) Lührs a. a. O. S. 15.
[10]) Bovensiepen a. a. O. S. 45.
[11]) Bornefeld S. 33/34.

hier kann ja gewiß an eine stillschweigende Unterwerfung unter die Zuständigkeit gedacht werden," ferner: „Jedenfalls steht hier aber auch als positiv rechtliche Norm der auch auf die sachliche Zuständigkeit bezügliche § 40 ZPO. entgegen, wonach eine Vereinbarung über die Zuständigkeit keine bindende Wirkung hat, wenn sie sich nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten bezieht." Dem ist entgegenzuhalten, daß nach Ansicht der anderen Gruppe der § 101 nicht auf Grund einer Vereinbarung der Parteien, sondern auf Grund des Umstandes zutrifft, daß außer den privatrechtlichen Vorschriften auch die Vorschriften auf den Kaufmann nach § 5 Anwendung finden, „die zur sachgemäßen Durchführung der zivilen Vorschriften für Kaufleute und Handelsgeschäfte gegeben sind." Die Gründe, warum nach Lühr s die Zuständigkeit der Handelskammer nicht gegeben ist, sind unbeachtlich, da Lühr s über den Rechtsstand nach altem HBG. schreibt, das ja die Vorschrift des § 5 nicht kannte. Lühr s' Ausführungen unter besonderer Berücksichtigung des § 40 der ZPO. hätten also hier wegfallen können, wenn nicht Bornefeld sich auf sie berufen würde. Dieser spricht dem Minderkaufmann die Befugnis zu, vor der Kammer für Handelssachen zu klagen und verklagt zu werden, da er ja „immerhin Kaufmann sei"; auf den Gewerbetreibenden, der nicht Inhaber eines Handelsgeschäftes ist, findet aber nach seiner Ansicht § 101 keine Anwendung. Die Klage könne wohl vor der Kammer für Handelssachen vom Kaufmann nach § 5 und gegen ihn angestrengt werden, aber die Zuständigkeit der Kammer bestimme sich nicht nach § 5, sondern nach den Vorschriften des GVG. Das Gericht müsse also erforderlichenfalls prüfen, ob die Kaufmannseigenschaft wirklich vorliegt. „Müßte sich", so fährt Bornefeld in seiner Beweisführung fort, „der Zivilrichter auch für die Frage der Zuständigkeit lediglich nach

der Eintragung richten, so wäre die Bestimmung des § 103 Abs. 2 letzter Satz überflüssig, da dann eo ipso die von Amts wegen erfolgende Verweisung an die Zivilkammer stets ausgeschlossen wäre, weil die Kaufmannseigenschaft immer als vorhanden angenommen werden müßte." Diese Ausführung erscheint mir nicht überzeugend. Vor allem ist § 103 Abs. 2 letzter Satz nicht überflüssig, wenn auch die Vorschrift des § 5 für den Handelsrichter bezüglich der Zuständigkeit bindend wäre. Denn es wäre wohl doch möglich, daß der Beklagte gar nicht im Handelsregister eingetragen ist, sondern nur aus einem anderen Grunde vom Kläger irrtümlich für einen Kaufmann gehalten wurde, oder daß er zwar eingetragen ist, aber kein Gewerbe betreibt, so daß § 5 auf ihn keine Anwendung findet. Im übrigen ist meines Erachtens der Kaufmann nach § 5 als „Kaufmann im Sinne des HGB" im Sinne des § 101 des GVG. zu betrachten, und die Prüfung des Gerichtes hat sich nur darauf zu erstrecken, ob Kaufmanns*eigenschaft* oder doch Kaufmanns*geltung* infolge Eintragung und Gewerbebetriebs vorliegt.

Eine andere Frage ist die, ob der fälschlich eingetragene Gewerbetreibende die Qualifikation zum Handelsrichter gemäß § 113 hat. Dieser Paragraph fordert, daß der zum Handelsrichter zu Wählende als Kaufmann oder als Vorstand einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist. Mit *Lehmann-Ring*[1]), *Düringer* und *Hachenburg*[2]), *Makower*[3]) und *Bornefeld*[4]) möchte ich diese Frage bejahend beantworten. Die gegenteilige Ansicht vertritt *Staub*[5]), der seinen Standpunkt damit begründet, daß es sich in diesem Falle

[1]) *Lehmann-Ring* S. 44 Nr. 2.
[2]) *Düringer* und *Hachenburg* S. 58, IV.
[3]) *Makower* S. 44, IIb 2.
[4]) *Bornefeld* S. 34 und 36.
[5]) *Staub* S. 78 Anmerkung 4.

sowie betr. des Wahlrechts zu den Handelskammern um öffentliche Befugnisse handle. „Ueberdies", führt er weiter aus, „legt § 113 GVG. für die Ernennung zum Handelsrichter nicht allein darauf Wert, daß man in das Handelsregister eingetragen ist, wie Lehmann-Ring (N. 2) irrtümlich annehmen, sondern daß man „als Kaufmann" eingetragen ist." Dies ist irreführend, denn der fälschlich Eingetragene ist doch als Kaufmann und zwar Vollkaufmann im Handelsregister eingetragen und entspricht somit der Voraussetzung des § 113 GVG. Daß er nicht Kaufmann ist, sondern nur als solcher gilt, ist hier irrelevant[1]).

Wenden wir uns nun wieder zu den Vorschriften des HGB., so erscheint es zunächst zweifelhaft, ob § 48 auf den eingetragenen Gewerbetreibenden Anwendung findet, d. h. ob dieser gültig Prokura erteilen kann. Die Gesetzesvorschrift gibt diese Befugnis nur dem Inhaber des Handelsgeschäftes und seinem gesetzlichen Vertreter. Aus diesem Wortlaut wird nun vielfach gefolgert, daß diese Befugnis dem zu Unrecht Eingetragenen nicht zustehe. Demgegenüber möchte ich bemerken, daß die Vorschrift des § 48 von weitgehender zivilistischer Bedeutung ist. Da nun aber die Wirkung des § 5, Kaufmannsgeltung infolge Eintragung im Handelsregister, in zivilistischer Hinsicht bindend sein soll, so muß doch auch das Recht der gültigen Prokuraerteilung, die weitgehende zivilistische Verbindlichkeiten im Gefolge hat, dem als Kaufmann geltenden zugesprochen werden. Dem zu Unrecht Eingetragenen kann im zivilen Rechtsstreit nicht entgegengehalten werden, daß er nicht Kaufmann sei, wie er auch selbst diese Einrede nicht vorbringen kann, folglich kann auch die Gültigkeit der Prokurabestellung nicht angefochten werden, die von ihm erteilte Prokura gilt als eine wirkliche Prokura.

[1]) Vgl. Bornefeld S. 36.

Auch die in dem Betriebe des eingetragenen Gewerbetreibenden angestellten Gehilfen und Lehrlinge gelten als Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge im Sinne des HGB. Dieser von der Mehrzahl der Schriftsteller vertretenen Ansicht stellt sich Borneseld[1]) entgegen, der sich auch hier wieder an den Wortlaut klammert und betont, der Gewerbetreibende sei eben nie Inhaber eines Handelsgewerbes. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Vorschriften der §§ 59 und 76 denselben Charakter haben, aber auch dieselben Folgen zeitigen wie die des § 48 und daß deshalb die Unterstellung des § 5 auch hier eingreifen muß.

Zuletzt wollen wir der Frage nähertreten, ob der Eingetragene seine Firma übertragen kann. Diese Frage wird fast durchweg verneint. Staub[2]), Lehmann-Ring[3]) und andere gehen dabei von dem Grundsatz aus: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet: Der fälschlich Eingetragene hat selbst kein Firmenrecht, folglich kann er auch keines übertragen. Nun soll aber doch zwischen den Parteien davon abgesehen werden, daß der Eingetragene nicht zur Führung der Firma berechtigt ist. Im zivilen Rechtsstreit gilt der Erwerber der zu Unrecht eingetragenen Firma auf Grund seiner Eintragung als Vollkaufmann wie sein Vorgänger. Andrerseits aber bleiben gegen seine Eintragung dieselben Mittel des öffentlichen Rechts bestehen, die gegen letzteren gegeben waren. Der eingetragene Gewerbetreibende kann also wohl die rechtliche Stellung übertragen, die er selbst besitzt, aber auch nur diese[4]).

Diese Ansicht teilt Borneseld[5]), aber auffälligerweise nur hinsichtlich des eingetragenen Minderkaufmanns;

[1]) Borneseld S. 34.
[2]) Staub a. a. O. S. 135.
[3]) Lehmann-Ring S. 86d.
[4]) Vgl. Goldmann S. 90.
[5]) Vgl. Borneseld S. 34/35.

dem eingetragenen Nichtkaufmann dagegen spricht er das Recht der Firmenübertragung ab, da dieser kein Handelsgewerbe betreibe, das im HGB. als Erfordernis genannt sei. Diese Unterscheidung zwischen Nichtkaufmann und Nichtvollkaufmann scheint mir wenig glücklich, da sie auf einem Festklammern am Wortlaut des Gesetzes basiert. Sieht man davon ab, daß die §§ 22 und 23 vom Handelsgeschäft sprachen, und also nach dem bloßen Wortlaut der Inhaber eines Minderhandelsgeschäftes auch von ihrer Vorschrift betroffen wird, so besteht kein Grund, die Ansicht Bornefelds anzuerkennen. Denn die von ihm zugunsten des Minderkaufmanns angeführten Gründe gelten in gleicher Weise auch für den Gewerbetreibenden. Auch dessen Eintragung als Firmeninhaber hat rechtliche Folgen; auch er gilt als Vollkaufmann. Wie der Minderkaufmann, so ist auch der Gewerbetreibende nur solange zu Unrecht eingetragen, als sein Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Erweitert er seinen Betrieb in der erforderlichen Weise, so wird er gemäß § 2 zum Vollkaufmann, wie jener dies dann gemäß § 1 wird. Erfolgt die Erweiterung des Gewerbebetriebes, solange die Eintragung besteht, so wird die bis dahin unrechtmäßige Eintragung in beiden Fällen eine rechtmäßige, die Löschung ist nunmehr ausgeschlossen.

III. Der Scheinkaufmann.

a) Begriff.

Die strikte Interpretation der Vorschrift des § 5, deren Ergebnis in vorstehendem niedergelegt ist, findet durch Staub eine bedeutende Erweiterung. In seinem Exkurs zu § 5 geht er über die Grenzen, die die anderen Schriftsteller der Auslegung dieser Ausnahmevorschrift gezogen haben, weit hinaus. Neben den Kaufmann gemäß § 5 setzt er den „Kaufmann infolge kaufmännischen Auftretens", indem er den Satz aufstellt: „Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann." Damit schafft er einen Begriff, der dem alten Rechte fremd war und der auch im neuen Handelsrechte expressis verbis nicht zu finden ist. Die kühne Folgerung, die Staub aus der Vorschrift des § 5 zog, hat dann auch in der juristischen Literatur lebhaften Widerspruch hervorgerufen.

Aber gestützt auf einige Entscheidungen des Reichsgerichtes hält Staub nach wie vor seine Ansicht aufrecht und erklärt, die Aufstellung dieses Grundsatzes, dessen Rechtsfolgen aber nur im einzelnen zu bestimmen seien, gehöre zur Vollständigkeit der Lehre von der Kaufmannseigenschaft. Zwar will er jetzt seinem Grundsatz nicht mehr jene allgemeine Geltung einräumen wie früher, sondern dessen Anwendung von Fall zu Fall entschieden wissen, aber bei dieser Einzelbetrachtung kommt er zu einem Resultat, das dem einer Verallgemeinerung seiner Theorie fast gleichkommt.

Im folgenden sei kurz eine Darstellung der Staubschen Lehre vom „Scheinkaufmann" gegeben.

Das Anwendungsgebiet, das Staub für seine Lehre beansprucht, ist das gleiche, das er der Gesetzesvorschrift des § 5 einräumt, sie greift also Platz bei Einzelindividuen wie auch bei Personenvereinigungen. Gerieren sich diese Rechtssubjekte als Kaufleute, so sollen sie als Kaufleute gelten. Nicht gefordert wird, was § 5 als Bedingung für die Kaufmanns- bzw. Vollkaufmannsgeltung aufstellt, Eintragung im Handelsregister und Gewerbebetrieb. Letzteres Erfordernis wird ersetzt durch das Auftreten als Kaufmann, durch das der Betrieb eines Handels- bzw. Vollhandelsgewerbes vorgespiegelt wird. In der Eintragung aber — mag sie nun vom Firmeninhaber selbst herbeigeführt sein oder ihr Bestehen von ihm geduldet sein — erblickt Staub nur einen Anwendungsfall seines Grundsatzes. An seine Ausführung zu § 5, daß durch diesen Paragraphen nur der Einwand versagt sei, daß kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe vorliege, knüpft er die Erwägung: „Daraus folgt aber nicht umgekehrt, daß der Eintragung gegenüber der Einwand, der Betreffende betreibe überhaupt kein Gewerbe, ohne weiteres gegeben ist. Vielmehr greift hier der Grundsatz, der oben zu 1 entwickelt ist[1]), ein, angewendet auf den Fall, daß die Gerierung als Kaufmann in der Eintragung als Kaufmann liegt. Ist die Firma einer Person in das Handelsregister eingetragen, ohne daß sie ein Gewerbe betreibt, so geriert sie sich als Kaufmann bzw. als Vollkaufmann; sie gilt infolgedessen als Kaufmann und muß sich als solcher behandeln lassen, es sei denn, der Dritte habe gewußt, daß der Eingetragene weder Kaufmann sei, noch als solcher habe gelten wollen."

Auf nichtvollgeschäftsfähige Personen kann der Staubsche Grundsatz natürlich keine Anwendung finden. Denn er baut sich ja darauf auf, daß die Erklärungen der

[1]) Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als „Kaufmann".

betreffenden Personen nach Treu und Glauben ausgelegt werden und als rechtlich wirksam angesehen werden. Die Erklärung eines Nichtvollgeschäftsfähigen allein kann aber niemals rechtlich wirksam sein.

Von Personenvereinigungen werden durch die Staubsche Lehre zunächst die offene Handelsgesellschaft und die dieser gleichgestellte Kommanditgesellschaft betroffen. Es gilt also eine Vereinigung von Personen, die durch ihr Auftreten den Anschein erwecken, als seien sie zu einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft zusammengetreten, als solche Handelsgesellschaft; die Inhaber der von ihnen gemeinsam geführten Firma sind im Rechtsverkehr als Vollkaufleute zu behandeln, mögen sie in Wirklichkeit auch nur Handwerker sein. Staub geht hierbei auch so weit, daß er auch da die Wirkung des § 5 eintreten lassen will, wo ein gültiger Gesellschaftsvertrag nicht vorliegt, obwohl man sonst allgemein diese Voraussetzung zur Anwendung des § 5 fordert und auch diesen Mangel nicht durch Eintragung als geheilt betrachtet. Staub vertritt vielmehr die Ansicht: „Geriert sich eine Personenvereinigung, bei der ein Gesellschaftsvertrag zum Betriebe einer offenen Handelsgesellschaft gar nicht zustande gekommen ist, als offene Handelsgesellschaft, so gilt sie als solche, wie derjenige, der sich als Mitglied einer in Wirklichkeit gar nicht bestehenden Handelsgesellschaft geriert, die Stellung eines Gesellschafters einnimmt und sich als solcher behandeln lassen muß. Der Hauptfall dieses sich als offene Handelsgesellschaft Gerierens ist in der Herbeiführung der Eintragung zu erblicken, aber auch in anderen Handlungen und Erklärungen kann ein solches Gerieren erblickt werden und es entstehen dann dieselben Folgen. Auf diese Weise muß Staub zu dem eigenartigen Ergebnis seiner Lehre kommen, daß eine Gesellschaft, die auf Grund des § 2 erst mit der Eintragung Kaufmann bzw. offene Handelsgesellschaft wird, auch ohne Eintragung infolge Auftretens im

Rechtsverkehr als solche behandelt werden muß, obgleich dieses der ausdrücklichen Vorschrift des § 123 Abs. 2 widerspricht.

Tritt ein stiller Gesellschafter, der nach dem Gesetz als solcher nicht Kaufmann ist, als offener Gesellschafter im Rechtsverkehr auf, so gilt er nach Ansicht Staubs auch als solcher. Auch auf die Gelegenheitsgesellschaft wendet Staub seine Theorie an, indem er feststellt, daß sich eine Gelegenheitsgesellschaft wie eine offene Handelsgesellschaft behandeln lassen müsse, wenn sie eine Geschäftsfirma führe, also sich als offene Handelsgesellschaft geriere. Ebenso muß seiner Ansicht nach eine Vereinigung von Minderkaufleuten, die durch ihr Auftreten den Anschein erweckt, als sei sie eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft, als solche behandelt werden, trotz der entgegenstehenden Vorschrift des § 4 Abs. 2.

b) Rechtliche Bedeutung.

Im vorhergehenden Absatz waren die Rechtssubjekte aufgezählt, auf die der von Staub in seinem Exkurs zu § 5 aufgestellte Grundsatz Anwendung finden soll, wir wollen auch die Folgen betrachten, die diesem „Auftreten als Kaufmann" beigelegt werden. Eine allgemeine Regel stellt Staub dafür nicht auf, er verweist[1]) auf die Regelung bei den einzelnen Materien und führt an dieser Stelle nur aus: „Es wird dabei entscheidend sein, daß es sich um die Folgen einer Parteierklärung handelt; nur infolge seiner Erklärung gilt derjenige, der im Rechtsverkehr auftritt, als Kaufmann. Die Folgen solcher Geltung als Kaufmann werden nicht immer so weit gehen können, wie die Folgen einer Geltung als Kaufmann kraft unmittelbaren Gesetzeswillens wie in § 5." Betrachten wir nun aber die einschlägigen Be-

[1]) Vgl. Staub Exkurs zu § 5.

merkungen bei den verschiedenen Materien, so finden wir, daß Staub die Scheinkaufleute den Kaufleuten kraft formalen Rechtes fast völlig gleichstellt. Nur an drei Stellen macht er hiervon eine Ausnahme.

Er spricht dem Scheinkaufmann das Recht ab, Prokura zu erteilen, das er dem Kaufmann nach § 5 zuerkennt. Ferner bestreitet er betreffs des Scheinkaufmanns die Anwendbarkeit des § 17 Abs. 2, demzufolge der Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann. Zur Rechtfertigung seines Standpunktes führt er aus u. a.:

„. . . . Nicht aber bezieht sich die Vorschrift auf Personen, die lediglich infolge ihres Auftretens im Rechtsverkehr als Vollkaufleute gelten. Diese können sich zu ihren Gunsten darauf nicht berufen, ihre Klage unter der Firma ist jedenfalls unberechtigt, aber auch die Klage gegen sie unter der Firma ist nicht in Ordnung. Indes handelt es sich in beiden Beziehungen nur um eine falsa demonstratio, und es kann die richtige Bezeichnung nachgeholt, eventuell muß das Urteil entsprechend ausgelegt werden." Man sieht also, die praktischen Folgen der Divergenz sind nicht von Bedeutung.

Als Drittes, in dem sich nach Staub der Scheinkaufmann von dem Kaufmann kraft formalen Rechtes unterscheidet, ist zu nennen, daß die Geltung als Kaufmann kraft kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr für § 25 nicht ausreicht[1]).

Nach § 25 gehen die Geschäftsschulden und Forderungen auf den über, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt. Da aber ein Firmenrecht nur dem Vollkaufmann zustehe, so finde diese Vorschrift wohl auf den Kaufmann

[1]) Diese Ansicht stellt erst die 8. Auflage von Staubs Kommentar auf; Staub selber hatte auf dem gegenteiligen Standpunkt gestanden.

gemäß § 5, der durch die Eintragung Vollkaufmannsgeltung bekommt, Anwendung, nicht aber auf den Scheinkaufmann. Der Grund, weshalb diese drei Paragraphen nach Staub auf den Scheinkaufmann keine Anwendung finden sollen, liegt darin, daß sie ausschließlich für Vollkaufleute Geltung haben sollen. Vollkaufmannsgeltung kraft Auftretens im Rechtsverkehr erwirbt sich aber nur der Minderkaufmann, der sich als Vollkaufmann geriert, der Nichtkaufmann erlangt durch sein Auftreten nur Kaufmannsgeltung, zur Erlangung der Vollkaufmannsgeltung reicht aber sein Gerieren nicht aus[1]).

In allen anderen Punkten stellt, wie schon erwähnt, Staub den Scheinkaufmann dem Kaufmann kraft formalen Rechtes völlig gleich. Zwar gebraucht er wiederholt die Einschränkung, daß derjenige, der sich als Kaufmann im Rechtsverkehr geriert, jedenfalls gegen sich gelten lassen muß, daß er ein Handelsgewerbe betreibt, also jedenfalls die Pflichten des Kaufmanns tragen muß. Aber bei seinen weiteren Ausführungen zeigt sich immer wieder, daß nach seiner Meinung der Scheinkaufmann seine Kaufmannsgeltung auch dann betonen kann, wenn es sich um Ausübung von Rechten eines Kaufmanns handelt. So hat nach seiner Ansicht auch der Vertragsgegner des Scheinkaufmanns 5% Zinsen zu zahlen, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 352 gegeben sind, und es kann von keiner Seite der Einwand gebracht werden, daß das Geschäft auf seiten des Scheinkaufmanns kein Handelsgeschäft im Sinne des HGB. sei und deshalb nach BGB. nur 4% gefordert werden können.

Auch die weiteren Bestimmungen des HGB. sollen nach Staub auf den Scheinkaufmann Anwendung

[1]) Staub § 25 Anm. 7: „Wenn man auch kraft kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr die Eigenschaft als Vollkaufmann gegen sich gelten lassen muß, so wird doch ein solches Auftreten zur Anwendung des § 25 . . . nicht ausreichen."

finden. Demgemäß ist der Gehilfe des Scheinkaufmanns ein Handlungsgehilfe im Sinne des HGB., sein Lehrling ein Handelslehrling, der für ihn tätige Agent ein Handelsagent, ebenso wie dies alles nach seiner Meinung beim Kaufmann kraft formalen Rechtes zutrifft. Als Grund für die Ausdehnung der genannten Vorschriften auf den Scheinkaufmann, die dem anderen Teile Nachteile verschiedener Art (Konkurrenzverbot u. a.) aufbürden, führt Staub an, daß ja der andere Teil mit jemand habe konkurrieren wollen, der als Kaufmann galt.

Eine Ehefrau kann, infolge der durch BGB. geschaffenen Gleichstellung mit dem Manne, ein Handelsgewerbe auch ohne Einwilligung des Ehemannes betreiben. Gibt der Ehemann aber diese Einwilligung oder duldet er den Betrieb auch nur, ohne seinen Widerspruch in der gesetzlichen Weise geltend zu machen, so haftet auch das eingebrachte Gut für die von der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten. Dasselbe gilt nach Staubs Ansicht auch, wenn der Ehemann nur erfährt, daß seine Frau sich als Handelstreibende geriert[1]); erhebt er dagegen keinen Widerspruch, so haftet auch das eingebrachte Gut.

Es erübrigt sich, die einzelnen Fälle weiter aufzuzählen, in denen Staub die Vorschriften des HGB. auf den Scheinkaufmann angewendet wissen will. Wie oben erwähnt, stellt er mit den drei genannten Ausnahmen den Scheinkaufmann dem Kaufmann kraft formalen Rechtes völlig gleich. Und da er diesen allen Vorschriften unterwirft, die für Vollkaufleute Geltung haben, so erteilt er auch dem sich Gerierenden Vollkaufmannsgeltung.

Mit dem sogenannten Scheinkaufmann hat Staub ein neues Rechtsgebilde geschaffen und hat sich damit auf vollkommen neuen Boden begeben. An der Hand der nachstehenden Kritik soll Berechtigung und Haltbarkeit dieser einzig dastehenden Ansicht geprüft werden.

[1]) Staub, Allgem. Einl. Anm. 40.

c) Kritik.

1. Das Sichgerieren.

„Wer sich als Vollkaufmann geriert, gilt als Vollkaufmann. Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann." So definiert Staub im Exkurs zu § 5 seinen Begriff des Scheinkaufmanns. Was er aber unter „Auftreten als Kaufmann im Rechtsverkehr" versteht, darüber gibt er uns an dieser Stelle keinen Aufschluß. Er erklärt dort nur weiter, es sei ein besonders markanter Anwendungsfall dieses Prinzips, daß jemand seine Firma eintragen läßt, obwohl er nicht Kaufmann oder Vollkaufmann ist. Darin liege ein Sichgerieren als Kaufmann und Vollkaufmann. Dieser Satz läßt sich nicht bestreiten. Wer in der Absicht, sich damit Vorteile zu verschaffen seine Eintragung im Handelsregister herbeiführt, der muß auch die Konsequenzen dieser seiner Handlungsweise tragen, indem er auch die Nachteile und Pflichten, die sie im Gefolge hat, auf sich nimmt. Die Tatsache des Bestehens einer Eintragung aber schlechthin als einen bloßen Einzelfall des sich als Kaufmann Gerierens anzusehen, wie Staub es in starrer Verfolgung seines Prinzips tut, ist doch wohl zu weitgehend. Denn die Eintragung muß doch nicht unbedingt vom Eingetragenen selbst herbeigeführt sein. Wir haben allerdings oben bei Behandlung des Kaufmanns kraft formalen Rechtes gesehen, daß eine Eintragung wider Willen und ohne Wissen des Eingetragenen nach dem heutigen Rechte kaum mehr möglich ist. Ganz ausgeschlossen ist die Möglichkeit aber doch nicht. Dann kann aber von einem Sichgerieren keine Rede sein. Der Eingetragene gilt dann eben als Vollkaufmann auf Grund des den Schutz des Dritten bezweckenden § 5. Wie ist es aber, wenn jemand die Eintragung einer Firma für sich herbeiführt — worin an sich zweifellos ein Sichgerieren als Kaufmann bzw. Vollkaufmann liegt —, dies aber tut, weil er sich dazu

gezwungen sieht? Er kann sich doch für verpflichtet halten, seine Eintragung herbeizuführen oder der Registerrichter kann die irrtümliche Ansicht von seiner Kaufmannseigenschaft haben und ihn durch Ordnungsstrafen zur Anmeldung seiner Firma zwingen. Es ist doch widersinnig, bei einer solchen irrtümlichen oder erzwungenen Handlung von Sichgerieren, also einem überlegten beabsichtigten Handeln zu sprechen. In diesen Fällen tritt, wie schon erwähnt, § 5 in Kraft und der Staubsche Grundsatz wäre, seine Anwendbarkeit vorausgesetzt, entbehrlich[1]). Gegen die Aufstellung des Begriffes „sich gerieren" überhaupt ist aber einzuwenden, daß kein Grund vorliegt zu der Annahme, daß die Regel des § 5 auf ein Prinzip zurückzuführen sei, das zu so weitgehenden Schlüssen berechtigt, wie Staub sie zieht. § 5 tritt in Kraft auf Grund der ausnahmsweisen Kraft der Eintragung, nicht aber weil in der Tatsache der bestehenden Eintragung unbedingt ein Sichgerieren des Eingetragenen zu erblicken ist.

Eine Bestätigung seines Grundsatzes sieht Staub in der Vorschrift des § 15, den er lediglich einen Anwendungsfall seines Prinzips nennt. Denn, so führt er aus, wenn jemand ein Handelsgewerbe betrieben hat und dasselbe aufgibt, diese Rechtsveränderung aber nicht eintragen läßt, so gilt er fortgesetzt als Kaufmann, und nur demjenigen, der den wahren Sachverhalt kennt, kann er diesen entgegensetzen. Diese Folge tritt nach Staub ein, weil der Eingetragene durch das Unterlassen des Löschungsantrages sich auch weiterhin als Kaufmann geriert. Diese Meinung ist aber nicht richtig, vielmehr hat § 15 einen wesentlich anderen Grund. Er soll veranlassen, daß der Inhalt des Handelsregisters immer dem tatsächlichen Zustand möglichst ent-

[1]) Staub gibt dies selbst zu, wenn er im Exkurs sagt: „In diesem Urteil (RG. 40, 146) war allerdings die Gerierung als Handelsgesellschaft gestützt auf die Eintragung. in dieser Hinsicht ist der Grundsatz jetzt im großen und ganzen entbehrlich".

spricht, er soll diejenigen, die zur Anmeldung einer Tatsache verpflichtet sind, veranlassen, ihren Antrag rechtzeitig zu stellen. § 31 Abs. 2 bezeichnet das Erlöschen der Firma als eine einzutragende Tatsache; wer also die Anmeldung unterläßt, hat die Folgen zu tragen, daß er auch weiterhin als Vollkaufmann gilt, aber nicht weil, wie Staub meint, in der Unterlassung des Antrages ein Sichgerieren liegt, sondern auf Grund der Unterlassung der vom Gesetz geforderten Anzeige an das Handelsregister.

Diese beiden Fälle von Sichgerieren haben also im Gesetz, wenn auch von einem anderen Gesichtspunkt aus, ihre Erledigung gefunden. Es bleibt nun noch ein Fall, in dem Staub hauptsächlich ein Auftreten als Kaufmann erblickt, nämlich das Führen einer Firma, d. h. eines mit dem bürgerlichen Namen nicht übereinstimmenden Geschäftsnamens. Wer eine Firma, die ihm nicht zukommt, führt, will als Kaufmann gelten und verschafft sich dadurch auch wirklich Kaufmannsgeltung. So soll derjenige, der nach § 2 mit der Eintragung Kaufmann wird, schon vor der Eintragung als Kaufmann gelten, wenn er sich als solcher geriert[1]). Da aber Staub auf dem Standpunkt steht, daß nur der Vollkaufmann eine „Firma" hat[2]), so muß im Führen einer solchen ein Auftreten als Vollkaufmann liegen; der die ihm nicht zustehende Firma Führende erhält also Vollkaufmannsgeltung (§ 4 Anm. 23 Abs. 2). Staub muß allerdings selbst zugeben, daß „derartige nicht eingetragene Firmenführungen in lebhafter Uebung sind". Und im praktischen Leben wird kaum jemand auf den Gedanken kommen, daß ein solcher Firmeninhaber sich

[1]) Vgl. Staub § 2 Anm. 11.

[2]) Vgl. Staub § 17 Anm. 1 und 2. „Daß nur der Vollkaufmann eine Firma führt, geht aus § 4 hervor." Dies ist m. E. nicht richtig. Die Bestimmung, daß die Vorschriften über die Firmen auf Minderkaufleute keine Anwendung finden, ist nicht dahin zu deuten, daß nur der Vollkaufmann eine Firma führen darf. Ebenso RG. 55, 85.

als Kaufmann gerieren wolle. Ein alter Geschäftsname ist auch für den Nichtkaufmann bzw. Minderkaufmann von großem Wert und mit seiner Fortführung bezweckt er vor allem, dem Betrieb den bisherigen Interessenkreis zu erhalten. Dies zeigt sich bei kleinen Betrieben namentlich im Wirtsgewerbe, die den Namen des Begründers fortführen, obwohl der Inhaber schon wiederholt gewechselt hat, die aber durchaus nicht als vollkaufmännische Betriebe gelten wollen.

Wie verhält es sich nun aber, wenn eine Personenvereinigung eine gemeinsame Firma führt. Nach § 4 Abs. 2 kann ein Minderhandelsgewerbe nicht Grundlage für eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft sein, mit anderen Worten, liegt ein Minderhandelsgewerbe vor, so kann die Personenvereinigung, die es betreibt, nicht die rechtliche Stellung einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft haben. Geriert sich aber eine solche Personenvereinigung als offene Handelsgesellschaft bzw. als Kommanditgesellschaft, so soll sie nach Staub auch als solche behandelt werden; und dieses Gerieren liegt vor, insofern eine Firma geführt wird. Dies ist hier ebensowenig richtig als beim Einzelkaufmann. In dem Führen eines gemeinsamen Namens ist nicht unbedingt die Absicht zu erblicken, im Verkehr die rechtliche Stellung einer Handelsgesellschaft zu erlangen; wir haben es in einem solchen Falle mit einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu tun, für die ein Verbot einer Namensführung nicht besteht. Ebenso kann eine Gelegenheitsgesellschaft, ein Syndikat, einen gemeinsamen Namen führen, ohne sich als Handelsgesellschaft behandeln lassen zu müssen.

Anders verhält es sich, wenn eine Personenvereinigung durch andere Handlungen als das Führen eines gemeinsamen Namens den Eindruck hervorruft, als sei sie eine offene Handels- bzw. eine Kommanditgesellschaft, z. B. durch Handlungen, welche den Geschäftsbeginn einer noch

nicht eingetragenen Gesellschaft darstellen. Darin ist unbedingt ein Gerieren als Gesellschaft zu sehen, und einer solchen Vereinigung gegenüber kann stets behauptet werden, daß sie als Handelsgesellschaft gelten wollte, wie auch dem einzelnen als Gesellschafter handelnden die Absicht, als Gesellschafter zu gelten, zugeschrieben werden muß. Diesen Fall hat aber das HGB. schon vorgesehen, indem es in § 123 Abs. 2 die Vorschrift gegeben hat, daß die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft schon mit dem Zeitpunkt des Geschäftsbeginns eintritt auch ohne Eintragung.

2. Die Rechtswirkungen.

Gehen wir nun zu einer kritischen Betrachtung der Rechtswirkungen über, die Staub an das Sichgerieren als Kaufmann knüpft, so ergibt sich hieraus völlig die Haltlosigkeit dieser Lehre. Staub stützt seine Theorie auf die §§ 157 und 242 BGB., indem er als ihren Rechtsgrund anführt: „Jeder muß sich gefallen lassen, daß seine Erklärung diejenige Auffassung und Bedeutung erhält, die ihr nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zukommen". In jener Bestimmung des BGB. ist jedoch nur eine Schutzvorschrift für den Gutgläubigen gegeben, die, übertragen auf die Lehre vom Kaufmann, höchstens die Bedeutung haben könnte: Es soll der gutgläubige Dritte, der den sich als Kaufmann gerierenden Nichtkaufmann für einen Kaufmann hält, insofern geschützt sein, als der Gerierende ihm als Kaufmann haftet. Auf diesen Satz aber die Lehre aufzubauen, die Staub aufstellt, ist deshalb verfehlt, weil damit weit über die Tendenz jener Paragraphen, den Schutz des Gutgläubigen, hinausgegangen wird. Wie schon erwähnt, schwächt Staub ja allerdings die Tragweite seiner Theorie dadurch ab, daß er ihr nicht allgemeine Gültigkeit verleiht, sondern die Frage ihrer Anwendbarkeit bei den einzelnen Materien behandelt wissen will, aber bei diesen Einzelbetrachtungen stellt er seinen Satz immer wieder im

verallgemeinerten Wortlaut auf und kommt zu dem Resultat, daß der Gerierende nicht nur die nachteiligen Folgen seines dolosen Handelns, die Pflichten des Kaufmanns, zu tragen hat, sondern auch die Vorteile desselben, die Rechte des sich angemaßten Standes beanspruchen kann. Zur Verteidigung dieser letzten Konsequenz seines Lehrsatzes führt Staub an, daß der andere sich in den geeigneten Fällen werde entgegenhalten lassen müssen, daß er mit jemand kontrahieren wollte, der als Kaufmann auftrat, also als solcher gelten wollte. Dieser Satz deckt sich aber doch sicher nicht mit der Lehre des bürgerlichen Rechts über Treu und Glauben im Rechtsverkehr.

Was nun die Rechtswirkungen seines Lehrsatzes im einzelnen betrifft, so stellt Staub, wie wir gesehen haben, den Scheinkaufmann dem Kaufmann kraft formalen Rechts mit Ausnahme der drei genannten §§ 17 Abs. 2, 42 und 25 in handelsrechtlicher Beziehung völlig gleich. Die Vorschriften über Handelsgehilfen, Lehrlinge und Agenten, über Handelsgeschäfte, über Formfreiheiten ꝛc. finden auf den Scheinkaufmann ebenso Anwendung wie auf den Kaufmann kraft formalen Rechts und den gesetzlichen Kaufmann bzw. Vollkaufmann.

Ist schon die Lehre vom Kaufmann kraft formalen Rechts in dem Umfang, in dem Staub sie aufstellt, kaum haltbar, so kann m. E. die Lehre vom Scheinkaufmann in ihrer ganzen Tragweite niemals anerkannt werden. Der Begriff des Kaufmanns kraft formalen Rechts ist das Ergebnis der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift des § 5, dessen Auslegung man engere oder weitere Grenzen stecken mag; der Begriff des Scheinkaufmanns dagegen ist die Frucht einer gänzlich unberechtigten, willkürlichen Erweiterung dieses Paragraphen auf Grund unangebrachter Analogie. Was soll mit dieser Lehre bezweckt werden? Die Erhöhung der Verkehrssicherheit, sagt uns Staub; dem kann man nur entgegenhalten, was Viktor Ehrenberg so treffend

ausführt: „Die Staubsche Theorie würde, wenn sie richtig wäre, die Verkehrssicherheit sehr heben, aber die Rechtssicherheit in jedem Sinne dieses Wortes ebenso gefährden."

Die Tatsache, daß für jemand eine Firma ins Handelsregister eingetragen ist, ist die unerschütterlich sichere Grundlage für seine Kaufmannsgeltung. Dank der Oeffentlichkeit des Registers ist jedem dessen Einsichtnahme möglich und jedermann weiß, daß auf Grund einer Firmeneintragung der Gewerbetreibende als Kaufmann haftet. Das Vorhandensein dieser beiden Voraussetzungen, von dem sich jeder leicht überzeugen kann, schützt ihn in seinem Recht. Die Rechtssicherheit ist also in diesem Falle gewährleistet und auch der Verkehrssicherheit ist m. E. vollauf Genüge getan. Anders aber verhält es sich, wenn das Auftreten im Rechtsverkehr die von Staub gewünschte Wirkung haben soll. Das Ideal der Verkehrssicherheit wäre zweifellos erreicht, wenn jeder an seiner Erklärung festgehalten werden könnte und daraus haften müßte. Eine solche Vorschrift besteht aber im Handelsrecht hinsichtlich des Kaufmannsbegriffes nicht und die Staubsche Lehre geht zweifellos viel zu weit, indem sie nicht nur den als Kaufmann Auftretenden haften läßt, sondern auch seinem Vertragsgegner die Haftung nach Handelsrecht auferlegt. Vor allem ist aber der Begriff „sich gerieren", wie wir oben in unserer Kritik gezeigt haben, ein zu vager, um als Grundlage für eine besondere Kaufmannsgeltung geeignet zu sein. Es würden in der Praxis in vielen Fällen Zweifel entstehen, ob ein Sichgerieren und damit ein Grund für die Kaufmannsgeltung vorliege oder nicht. An Stelle der sicheren — in der Eintragung beruhenden — Grundlage für die Kaufmannsgeltung würde die unsichere — auf dem strittigen Begriffe „sich gerieren" aufgebaute — treten und die Rechtssicherheit würde in diesem Punkte aufs äußerste gefährdet. Wenn Staub seine Verteidigung der An-

wendbarkeit des § 350 auf den Scheinkaufmann mit den Worten schließt[1]): „Allein hier wie auch sonst geht der Schutz des Verkehrs vor", so ist das m. E. zu weitgehend. Es kann nicht ratsam erscheinen, die Verkehrssicherheit auf Kosten der Rechtssicherheit zu wahren.

Die bisherigen Betrachtungen bezogen sich auf den Einzelkaufmann. Wie verhält er sich nun aber mit Personenvereinigungen? Hier gestaltet sich die Beantwortung anders. Wie bei einer Personenvereinigung ein „sich als offene Handelsgesellschaft gerieren" öfter vorliegt als bei Einzelpersonen ein Auftreten als Kaufmann[2]), so hat auch ein als Gerieren sich darstellendes Handeln öfter rechtliche Wirkungen. Erweckt nämlich eine Personenvereinigung durch Handlungen, die auf einen Geschäftsbeginn einer Handelsgesellschaft schließen lassen[3]), den Anschein, daß eine solche Gesellschaft vorliegt, so muß sie als solche haften. Dies folgt schon aus § 123. Denn da nach diesem Paragraphen die Wirksamkeit einer offenen Handelsgesellschaft schon vor der Eintragung mit dem Geschäftsbeginn eintreten kann, so kann leicht durch das Handeln einer Personenvereinigung im Publikum die Meinung entstehen, es handle sich um den Geschäftsbeginn einer noch nicht eingetragenen Handelsgesellschaft. Häufig wird deshalb das dolose oder grobe fahrlässige Handeln einer Personenvereinigung oder eines ihrer Mitglieder zu einer handelsrechtlichen Haftung einer solchen Pseudogesellschaft bzw. eines Pseudogesellschafters führen. Diesem aber dann mit Staub auch die Rechte ihrer Pseudostellung einzuräumen, erscheint mir verfehlt. Denn sie müssen wissen, daß sie in die Gefahr kommen können, den Eindruck einer offenen Handelsgesellschaft durch Handlungen genannter Art zu erwecken und können auf ihrer Hut

[1]) Staub § 350 Anm. 9.

[2]) Vgl. vorig. Kap. a. E.

[3]) Ausgenommen durch Annahme eines gemeinsamen Namens. Vgl. oben S. 51.

sein. Ihre eventuelle Haftung als Gesellschaft und Gesellschafter entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen, für eine Verleihung der Vorteile ihrer angemaßten Stellung fehlt jeder Grund. Damit erweist sich die Staubsche Theorie auch hier als unrichtig.

d) Die Staubsche Theorie in der gerichtlichen Judikatur.

In der Literatur konnte sich die Lehre vom Scheinkaufmann bis jetzt keine Anerkennung verschaffen, vielmehr ist sie allseitig bestritten. Als einzigen Stützpunkt für sie kann Staub nur einige Fälle aus der Praxis anführen, in denen sich das Gericht seiner Theorie angeschlossen haben soll. So bezeichnet er zunächst in seinem Exkurs zu § 5 vier Entscheidungen des Reichsgerichts[1]) als „im letzten Grunde auch von diesem Standpunkte ausgehend". Diese Bezeichnung mag richtig sein, es wäre aber falsch, in den genannten Sprüchen unseres höchsten Gerichtshofes eine volle oder auch nur teilweise Anerkennung der Staubschen Lehre zu erblicken. Denn mag auch der Ausgangspunkt der gleiche sein, im weiteren Ausbau geht die Staubsche Theorie weit über den Standpunkt hinaus, den das Reichsgericht in dieser Frage eingenommen hat. Diese Behauptung mag an der Hand der einzelnen Entscheidungen erörtert werden.

Betrachten wir diese Entscheidungen in chronologischer Reihenfolge, so sehen wir, daß zwei[2]) von ihnen in die Zeit vor Inkrafttreten des neuen HGB. fallen. In ihnen wird bestimmt, daß derjenige, der auf Grund einer Eintragung im Handelsregister als Gesellschafter einer Handelsgesellschaft erscheint, als solcher haftet unbeachtet des wahren Sachverhaltes. Nach Einführung des neuen HGB. ergibt sich diese Folgerung von selbst aus dem neugeschaffenen § 5.

[1]) RG. 59, 37 u. 39; 50, 429; 40, 146; 19, 197.
[2]) RG. 19, 197; 40, 146.

Der genannte Grundsatz ist somit, wie Staub[1]) selbst zugibt, heute entbehrlich. Aber Staub sucht trotzdem diese Entscheidungen auf seine Theorie zurückzuführen, indem er ausführt: „. . . nicht gerade, weil es sich um eine Eintragung handelte, sondern weil in der Eintragung die Erklärung erblickt würde, als HG. zu gelten, deshalb wurde daraus die gedachte Folgerung gezogen." Das ist meines Erachtens nicht richtig. Vielmehr hat wohl das Reichsgericht die Notwendigkeit einer Vorschrift vom Inhalt des § 5 erkannt, und dem Mangel einer solchen durch seine Entscheidung abhelfen wollen. Denn dieselbe Forderung, die § 5 aufstellt, liegt meines Erachtens diesen beiden Entscheidungen zugrunde: Der Inhalt des Handelsregisters soll im Zivilstreit für die rechtliche Stellung des Eingetragenen entscheidend wirken. Die eigenartige Wirkung, die der Eintragung gemäß § 5 als öffentlich abgegebener, verantwortlicher Erklärung zugesprochen ist, wurde vom Reichsgericht in den beiden genannten Entscheidungen gleichsam, wenn auch nur teilweise vorgeahnt. Diese Wirkung auch auf andere Arten öffentlicher Erklärung auszudehnen, hieße den Sinn jener Entscheidungen nicht verstehen. Dabei ist noch zu beachten, daß in den Entscheidungen nur von der Haftung des Eingetragenen die Rede ist, von seinen Rechten, die ihm § 5 in gleichem Umfang zuspricht, wird noch nichts erwähnt.

Auch in den beiden nach Einführung des neuen HGB. gefällten Entscheidungen[2]) stellt das Reichsgericht lediglich seinen Standpunkt dahin fest, daß in dem Antrag auf Eintragung im Handelsregister bzw. in deren Duldung eine Erklärung zu erblicken sei, gemäß dem Inhalt der Eintragung haften zu wollen; diese Eintragswirkung kann natürlich nur dann eintreten,

[1]) Vgl. Staub S. 79.
[2]) RG. 50, 429 und 51, 37 und 39.

wenn es sich um der Disposition des Eingetragenen unterliegende Verhältnisse handelt. Auch diese Entscheidungen zeigen also nur, welche Bedeutung das Reichsgericht den Eintragungen im Handelsregister beimißt, haben aber mit der Staubschen Lehre nur das Grundprinzip gemeinsam, während sie sich in dessen weiterem Ausbau wesentlich von ihr unterscheiden.

Es erscheint mir somit erwiesen, daß der Standpunkt des Reichsgerichts, wie er aus den angeführten Entscheidungen ersichtlich ist, nicht als Argument für die Richtigkeit der Lehre Staubs vom Scheinkaufmann dienen kann.

Als seinem Lehrsatz „ganz zustimmend" führt Staub im Exkurs zu § 5 eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Breslau an, die von dessen II. Zivilsenat am 23. Oktober 1902 gefällt wurde. Dort heißt es: „Wer im Geschäftsverkehr durch sein Verhalten irrige Vorstellungen hervorruft, absichtlich oder nicht, der muß die Folgen tragen." Und weiterhin: „Will man Sicherheit und Vertrauen im geschäftlichen Verkehr nicht auf eine harte Probe stellen, so muß man sich der von Staub ausgesprochenen Ansicht anschließen: Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann, wer sich als Vollkaufmann geriert, gilt als Kaufmann." Die erste der zitierten Stellen spricht nur von den Folgen, die derjenige, der irrige Vorstellungen hervorruft, zu tragen hat, also von der Haftung. Die zweite erweckt allerdings den Anschein, als ob das genannte Gericht, das in seinem Urteil die Lehre Staubs wörtlich zitiert, ganz auf dessen Seite stünde. Aus dem Zusammenhang darf aber füglich angenommen werden, daß der zitierte Lehrsatz nur für die Haftung des sich Gerierenden sprechen soll. Dann kann aber auch nicht von einer „ganzen Zustimmung" die Rede sein, denn die Pflicht zur Haftung des sich Gerierenden wird ja nicht schlechtweg geleugnet, nur die Staubsche Lehre von seinen Rechten wird bestritten.

e) Schlußergebnis.

Legen wir uns nach den vorausgehenden Erwägungen nun die Frage nach der Berechtigung der Staubschen Lehre vom Scheinkaufmann vor, so müssen wir diese Frage verneinen. Es entspricht ja schon allgemeinen Grundsätzen, daß jeder, der eine Erklärung öffentlich abgibt, die aus ihr sich ergebende Haftung zu tragen hat; hierfür bedarf es keiner so weitgehenden Interpretation des § 5 HGB., das bestimmen schon die allgemeinen Vorschriften über die Haftung. Jenem aber auch die Rechte seiner angemaßten Stellung zuzusprechen, besteht keine Veranlassung. Er bedarf keines Schutzes gegen die ihm ungünstigen Folgen seines Auftretens, da er dessen Unrechtmäßigkeit ja kennt und deshalb jenen Folgen durch Unterlassung entgehen kann. Tut er dies aber nicht, so soll er die Folgen tragen. Das Argument Staubs, der andere habe ja mit einem kontrahieren wollen, der als Kaufmann galt, ist nicht stichhaltig. Denn es läßt sich nicht unbedingt feststellen, wann diese Geltung eintritt. Das Gesetz knüpft sie in § 5 an die Eintragung: das ist ein einheitliches Erfordernis, von dessen Vorhandensein sich jeder überzeugen kann; andere Erfordernisse lassen sich aber, wie wir gesehen haben, nicht einheitlich festlegen. Infolge des Mangels einer festen Grundlage für die Beurteilung würde die Anerkennung des Staubschen Grundsatzes zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen.

Staub bestimmt als den eigentlichen Zweck seiner Interpretation des § 5, die Verkehrssicherheit soll durch sie gehoben werden. Das erscheint nach dem eben ausgeführten nicht möglich. Sollte aber auch diese Unmöglichkeit zu beheben sein, so bleibt doch immerhin zu beachten, daß die von Staub gewünschte Vermehrung der Verkehrssicherheit nur auf Kosten der Rechtssicherheit erfolgen könnte; und damit wäre sie zu teuer bezahlt.

Es zeigt sich also, daß ein Bedürfnis für Anerkennung der Staubschen Lehre nicht vorliegt. Diese ist vielmehr teils durch die allgemeinen Bestimmungen über die Haftung überflüssig, teils aber in ihren übertriebenen Folgerungen schlechthin unannehmbar.